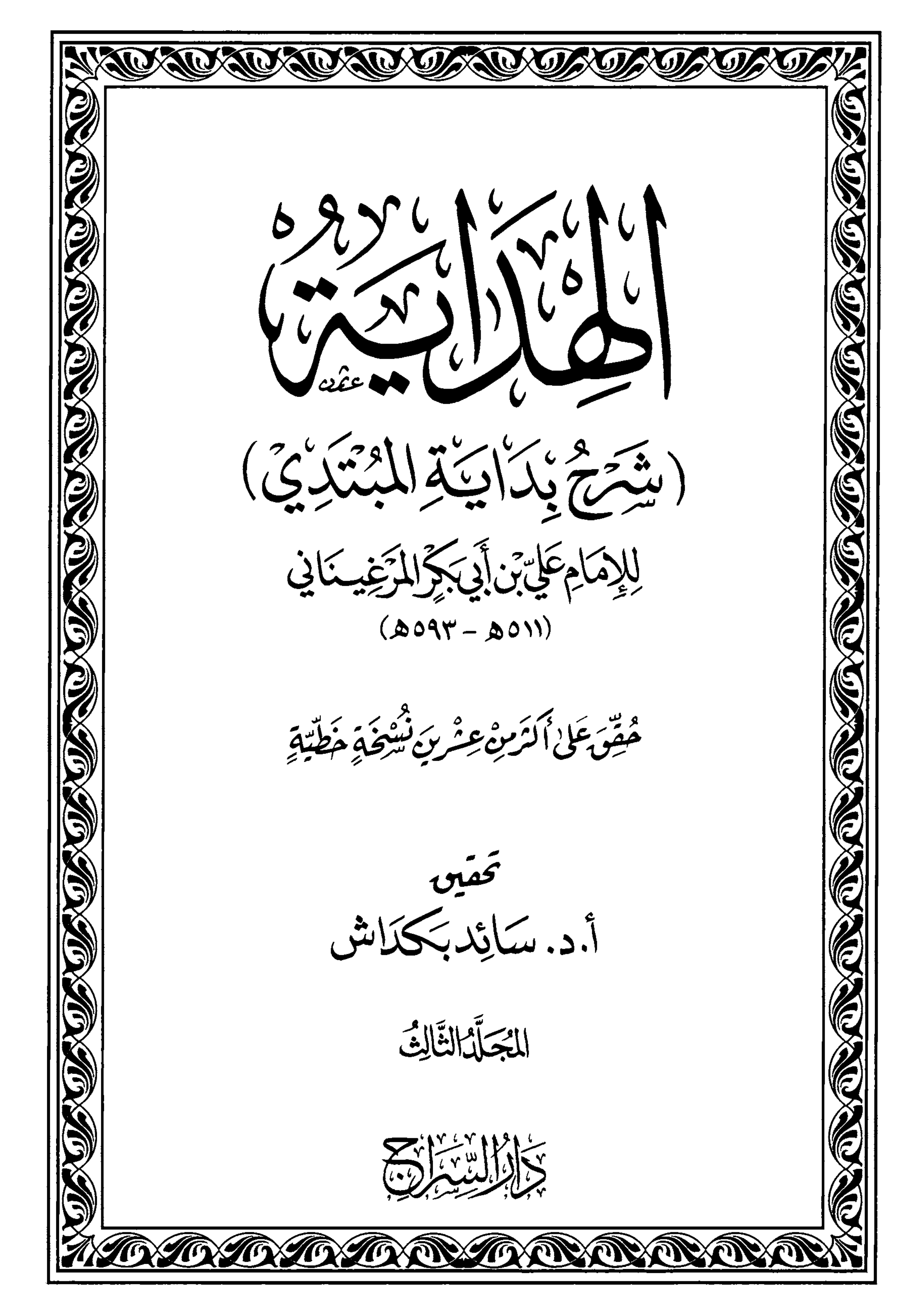


الهداية

(شرح بداية المبتدي)

للإمام علي بن أبي بكر المرغيناني

(٥١١هـ - ٥٩٣هـ)

حقق على أكثر من عشرين نسخة خطية

تحقيق

أ.د. سائد بكداش

المجلد الثالث

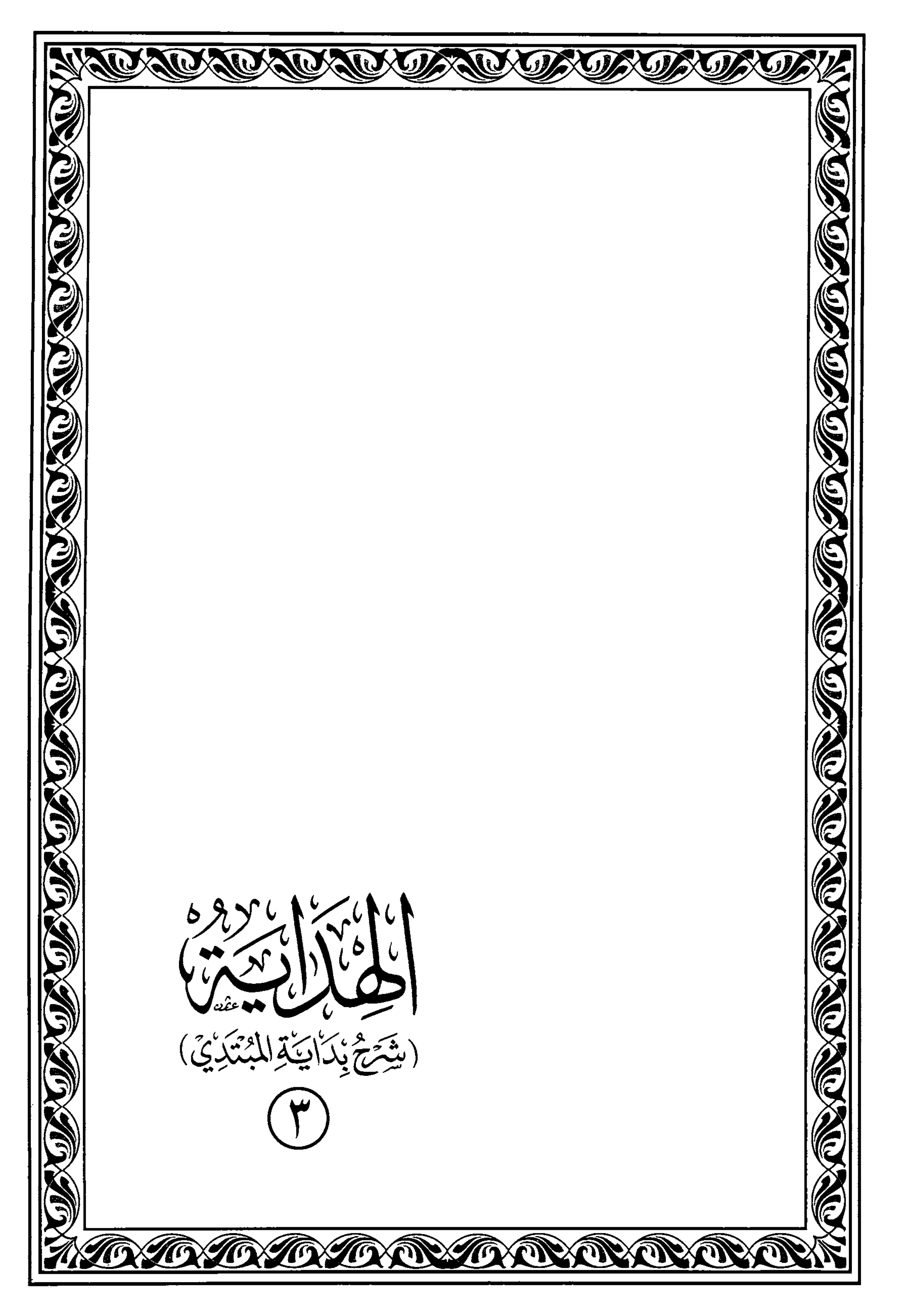
دار السراج

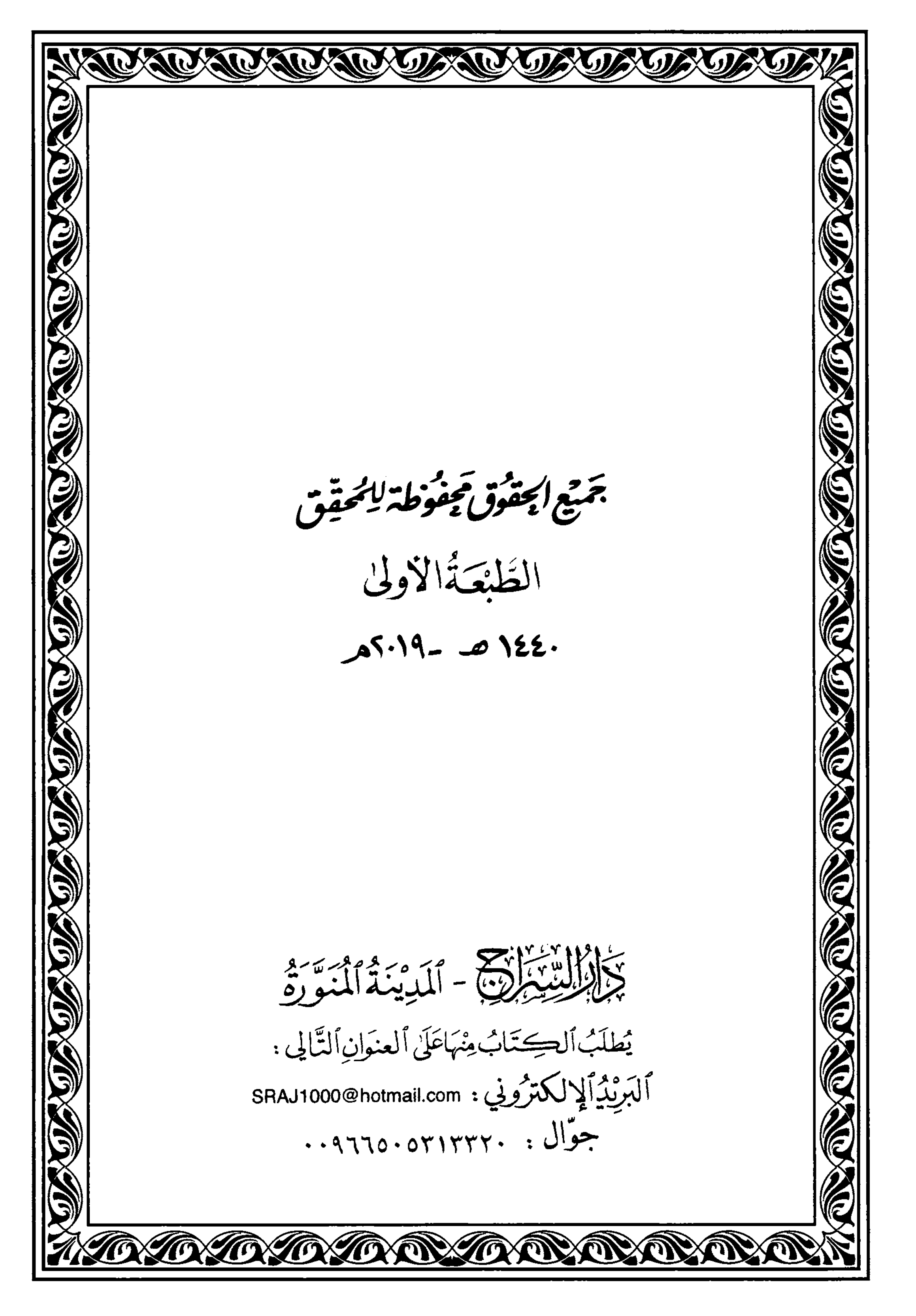


هدايتُنا هذه قد غَدَتْ   طِرازاً لِمَذْهَبِنا المُذْهَبِ

فألفاظُها دُرَرٌ كُلُّها   وما مِثلُها قَطُّ في مَذْهَبِ

(زُيِّنَت بهذَيْن البيتَيْن غُرَّةُ نسخة ٧٣٢هـ)


الهداية
(شرح بداية المبتدي)
٣



الطَّبْعَةُ الأولى

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩م

دَارُ السِّرَاجِ - المَدِيْنَةُ المُنَوَّرَةُ

يُطلَبُ الكِتَابُ مِنْهَا عَلَى العنوانِ التَّالي :

البَرِيْدُ الإلكتروني : SRAJ1000@hotmail.com

جوَّال : ٠٠٩٦٦٥٠٥٣١٣٣٢٠

كتاب النكاح

النكاحُ ينعقدُ بالإيجابِ والقَبُولِ، بلفظَيْن يُعَبَّرُ بهما عن الماضي.

ويُعبَّرُ بأحدِهما عن الماضي، وبالآخَرِ عن المستقبل، مثلُ أن يقولَ: زَوِّجْني، فيقولُ: زوَّجتُكَ.

وينعقدُ بلفظ: النكاحِ، والتزويجِ، والهبةِ، والتمليكِ، والصدقةِ.

كتاب النكاح

قال: (النكاحُ ينعقدُ بالإيجابِ والقَبُولِ، بلفظَيْن يُعبَّرُ بهما عن الماضي)؛ لأن الصيغةَ وإن كانت للإخبار وَضْعاً[1]، فقد جُعِلَتْ للإنشاء شرعاً؛ دفعاً للحاجة.

قال: (و) ينعقدُ بلفظَيْن (يُعبَّرُ بأحدِهما عن الماضي، وبالآخَرِ عن المستقبل، مثلُ أن يقولَ: زَوِّجْني، فيقولُ: زوَّجتُكَ)؛ لأن هذا[2]: توكيلٌ بالنكاح، والواحدُ يتولَّىٰ طَرَفَيِ النكاحِ، علىٰ ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ[3].

قال: (وينعقدُ بلفظ: النكاحِ، والتزويجِ، والهبةِ، والتمليكِ، والصدقةِ).

---

(١) أي في أصل الوضع اللغوي.

(٢) أي قوله: زوِّجْني.

(٣) في أول فصل الوكالة بالنكاح.

وينعقدُ بلفظ : البيع ، هو الصحيحُ.

ولا ينعقدُ بلفظ : الإجارةِ، و الإباحةِ، والإحلالِ، والإعارةِ، و الوصيةِ.

ولا ينعقدُ نكاحُ المسلمَيْن إلا بحضورِ شاهدَيْن، حرَّيْن، عاقلَيْن، بالغَيْن، مسلمَيْن، رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتين، عُدُولاً كانوا، أو غيرَ عدول، أو مَحْدُودِيْن في القذف.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا ينعقدُ إلا بلفظ: النكاحِ والتزويج؛ لأن التمليكَ ليس حقيقةً فيه، ولا مجازاً عنه؛ لأن التزويجَ: للتلفيق[2]، والنكاحَ: للضمِّ، ولا ضمَّ ولا ازدواجَ بين المالك والمملوكة أصلاً.

ولنا: أن التمليكَ سببٌ لمِلْكِ المُتْعةِ في مَحَلِّها بواسطة مِلْكِ الرَّقَبة، وهو الثابتُ بالنكاح، والسببيةُ طريقُ المجاز.

قال: (وينعقدُ بلفظ: البيع، هو الصحيحُ)؛ لوجودِ طريقِ المجاز.

قال: (ولا ينعقدُ بلفظ: الإجارةِ)، في الصحيح؛ لأنه ليس بسببٍ لملك المتعة.

(و) لا بلفظ: (الإباحةِ، والإحلالِ، والإعارةِ)؛ لِمَا قلنا.

(و) لا بلفظ: (الوصيةِ)؛ لأنها توجِبُ الملكَ مضافاً إلىٰ ما بعد الموت.

قال: (ولا ينعقدُ نكاحُ المسلمَيْن إلا بحضورِ شاهدَيْن، حرَّيْن، عاقلَيْن، بالغَيْن، مسلمَيْن، رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن، عُدُولاً كانوا، أو غيرَ عدول، أو مَحْدُودِيْن في القذف).

---

(١) مغني المحتاج ٣/١٤٠.

(٢) أي الملاءمة بين شيئين.

. . . .

قال رضي الله عنه: اعلم أن الشهادةَ شرطٌ في باب النكاح، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاحَ إلا بشهودٍ»[١].

وهو حجةٌ علىٰ مالكٍ رحمه الله في اشتراطِ الإعلانِ، دون الإشهاد[٢].

ولا بدَّ من اعتبار الحريةِ فيهما[٣]؛ لأن العبدَ لا شهادةَ له؛ لعدم الولاية.

ولا بدَّ من اعتبار العقلِ، والبلوغِ؛ لأنه لا ولايةَ بدونهما.

ولا بدَّ من اعتبار الإسلامِ في أنكحة المسلمين؛ لأنه لا شهادةَ للكافر علىٰ المسلم.

ولا يُشترطُ وَصْفُ الذكورة، حتىٰ يَنعقدُ بحضور رجلٍ وامرأتين.

وفيه خلافُ الشافعي[٤] رحمه الله، وسيُعرَفُ في الشهادات إن شاء الله تعالىٰ.

ولا تُشترط العدالةُ، حتىٰ ينعقدُ بحضرة الفاسقَيْن عندنا، خلافاً للشافعي[٥] رحمه الله.

---

(١) قال في نصب الراية ٣/١٦٧: غريبٌ بهذا اللفظ، وفي الدراية ٢/٥٥: لم أره بهذا اللفظ، ثم ذَكَرَا عدةَ أحاديث في اشتراط الشهود، أما العلامة قاسم في منية الألمعي ص٣٩٠، وفي التعريف والإخبار ٣/٦ فقال مستدركاً: أخرجه محمد بن الحسن بلاغاً بهذا، وأخرجه الخطيبُ من حديث علي رضي الله عنه.

(٢) وفي نُسخ: الشهادة، وينظر لقول المالكية: شرح خليل للخرشي ٣/١٦٧.

(٣) أي في الشاهدين. وفي نُسخ: فيها. قلت: أي في الشهادة.

(٤) فلا تجوز فيه عنده شهادة النساء. مغني المحتاج ٣/١٤٤.

(٥) مغني المحتاج ٣/١٤٤.

وإن تزوج مسلمٌ ذِمِّيةً بشهادةِ ذِمِّيَّيْن : جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ وزفرُ رحمهما الله : لا يجوزُ.

له: أن الشهادةَ من باب الكرامة، والفاسقُ من أهل الإهانة.

ولنا: أنه من أهل الولاية، فيكونُ من أهلِ الشهادة، وهذا لأنه لَمَّا لم يُحْرَمِ الولايةَ علىٰ نفسِه؛ لإسلامه: لا يُحرَمُ علىٰ غيرِه؛ لأنه من جنسِه.

ولأنه صَلَحَ مقلِّداً[1]، فيصلُحُ مقلَّداً[2]، وكذا شاهداً.

والمحدودُ في القذف: من أهل الولايةِ، فيكونُ من أهل الشهادة تحمُّلاً، وإنما الفائتُ: ثمرةُ الأداء بالنهي[3]؛ لجريمته، فلا يُبالَىٰ بفوَاته، كما في شهادة العُمْيان[4]، وابنَيِ العاقدَيْن.

قال: (وإن تزوج مسلمٌ ذِمِّيةً بشهادةِ ذِمِّيَّيْن: جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ وزفرُ رحمهما الله: لا يجوزُ)؛ لأن السماعَ في النكاح شهادةٌ، ولا شهادةَ للكافر علىٰ المسلم، فكأنهما لم يَسمَعا كلامَ المسلم[5].

---

(١) أي سلطاناً وخليفةً، وكثيرٌ منهم فيه فِسْقٌ، والخروجُ عليه يؤدي إلىٰ فسادٍ عظيم، ينظر البناية ٦/٢٣.

(٢) أي قاضياً، أو حاكماً.

(٣) بقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾. النور/٤.

(٤) فإن النكاح ينعقد بشهادتهم، بالإجماع، ولا تُقبل عند الأداء بالإجماع. البناية ٦/٢٦.

(٥) فكأنهما سمعا كلامَ المرأة، دون كلام الزوج: فلا ينعقد.

ومَن أَمَرَ رجلاً بأن يُزوِّجَ ابنتَه الصغيرةَ، فزوَّجَها والأبُ حاضِرٌ بـشهادة رجلٍ واحدٍ سواهما : جاز النكاحُ، وإن كان الأبُ غائباً : لم يَجُزْ.

ولهما: أن الشهادةَ شُرِطَتْ في النكاحِ علىٰ اعتبار إثباتِ الملك؛ لوروده علىٰ مَحَلٍّ ذي خَطَرٍ، لا علىٰ اعتبارِ وجوبِ المهر، إذْ لا شهادةَ تُشترَطُ في لزومِ المالِ، وهما شاهدان عليها.

بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامَ الزوجِ؛ لأن العقدَ يَنعقدُ بكلامَيْهما، والشهادةُ شُرِطَت علىٰ العقد.

قال: (ومَن أَمَرَ رجلاً بأن يُزوِّجَ ابنتَه الصغيرةَ، فزوَّجَها والأبُ حاضِرٌ بشهادة رجلٍ واحدٍ سواهما: جاز النكاحُ)؛ لأن الأبَ يُجعَلُ مباشِراً للعقد؛ لاتِّحادِ المجلس، فيكونُ الوكيلُ سفيراً ومعبِّراً[١]، فيبقىٰ المزوِّجُ شاهداً.

قال: (وإن كان الأبُ غائباً: لم يَجُزْ)؛ لأن المجلسَ مختلِفٌ، فلا يُمكِنُ أن يُجعلَ الأبُ مباشِراً.

وعلىٰ هذا: إذا زوَّجَ الأبُ ابنتَه البالغةَ بمَحضَرِ شاهدٍ واحدٍ: إن كانت حاضرةً: جاز[٢]، وإن كانت غائبةً: لا يَجوز، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) سفيراً: أي رسولاً، ومعبِّراً: أي مُخبِراً.

(٢) لإمكان اعتبار الأبِ شاهداً، إذ لا يُشترط الولي.

فصلٌ
في بيان المُحَرَّمات

لا يَحِلُّ للرجل أن يتزوَّج بأُمِّه، ولا بجَدَّاته من قِبَل الرجال والنساء، ولا ببنتِه، ولا ببنتِ وَلَدِه وإن سَفَلَتْ، ولا بأختِه، ولا ببناتِ أختِه، ولا ببناتِ أخيه، ولا بعَمَّتِه، ولا بخالتِه.

فصلٌ
في بيان المُحَرَّمات

قال: (لا يَحِلُّ للرجل أن يتزوَّج بأُمِّه، ولا بجَدَّاته من قِبَل الرجال والنساء)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾. الآية. النساء/٢٣.

والجَدَّاتُ: أُمَّهاتٌ، إذِ الأمُّ: هي الأصلُ، لغةً.

أو: ثَبَتَتْ حُرْمَتُهنَّ بالإجماع[1].

قال: (ولا ببنتِه)؛ لِمَا تلَوْنا.

(ولا ببنتِ وَلَدِه وإن سَفَلَتْ)، للإجماع.

(ولا بأختِه، ولا ببناتِ أختِه، ولا ببناتِ أخيه، ولا بعَمَّتِه، ولا بخالتِه)؛ لأنَّ حُرْمَتَهنَّ منصوصٌ عليها في هذه الآية.

---

(١) يعني هناك مسلكان لثبوت تحريم الجدات: إما لغةً، بدخول الجدة في لفظ: الأم؛ مجازاً، وإما بطريق الإجماع علىٰ ثبوت حرمتهن

ولا بأُمِّ امرأتِه التي دَخَلَ بابنتها، أو لم يَدخُلْ.

ولا ببنتِ امرأتِه التي دَخَلَ بها، وسواءٌ كانت في حِجْره، أو في حَجْر غيرِه.

ولا بامرأةِ أبيه وأجدادِه، ولا بامرأةِ ابنِه، وبني أولادِه.

وتدخلُ فيها العمَّاتُ المتفرِّقات[1]، والخالاتُ المتفرِّقات، وبناتُ الإخوة المتفرِّقين؛ لأن جهةَ الاسمِ عامةٌ.

قال: (ولا بأُمِّ امرأتِه التي دَخَلَ بابنتها، أو لم يَدخُلْ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. النساء/٢٣، من غير قَيْدِ الدخول.

(ولا ببنتِ امرأتِه التي دَخَلَ بها)؛ لثبوتِ قَيدِ الدخولِ بالنصِّ.

قال: (وسواءٌ كانت في حَجْره، أو في حَجْر غيره)؛ لأنَّ ذِكْرَ الحَجْر خَرَجَ مَخرَجَ العادة، لا مَخرَجَ الشرطِ، ولهذا اكتُفِيَ في موضعِ الإحلال: بنفيِ الدخولِ[2].

قال: (ولا بامرأةِ أبيه وأجدادِه)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾. النساء/٢٢.

(ولا بامرأةِ ابنِه، وبني أولادِه)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾. النساء/٢٣.

وذِكْرُ الأصلابِ: لإسقاطِ اعتبارِ التبنِّي، لا لإحلالِ حَلِيلةِ الابنِ من الرضاعة.

---

(١) أي العمة الشقيقة، والعمة لأبٍ، والعمة لأمٍّ.

(٢) ولم يُشترَطْ نفي الحِجْر.

ولا بأُمِّه من الرَّضاعة، ولا بأختِه من الرضاعة.
ولا يَجمَعُ بين أختَيْن نكاحاً، ولا بمِلْكِ يمينٍ وَطْأً.
فإن تزوَّج أختَ أَمَةٍ له قد وطِئَها : صحَّ النكاحُ.
ولا يطأُ الأمةَ وإن كان لم يطأِ المنكوحةَ، ولا يطأُ المنكوحةَ إلا إذا حَرَّمَ الموطوءةَ علىٰ نفسِه بسببٍ من الأسباب، فحينئذٍ يطأُ المنكوحةَ.

(ولا بأُمِّه من الرَّضاعة، ولا بأختِه من الرضاعة)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾. النساء/٢٣.

ولقوله عليه الصلاة والسلام. «يَحرُمُ من الرَّضاع: ما يحرُمُ من النَّسَب»[١].

قال: (ولا يَجمَعُ بين أختَيْن نكاحاً، ولا بمِلْكِ يمينٍ وَطْأً)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾. النساء/٢٣.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن كان يؤمنُ بالله واليوم الآخِرِ: فلا يَجمعنَّ ماءَه في رَحِمِ أختَيْن»[٢].

قال: (فإن تزوَّج أختَ أَمَةٍ له قد وطِئَها: صحَّ النكاحُ)؛ لصدورِه من أهله، مضافاً إلىٰ مَحَلِّه.

(و) إذا جاز: (لا يطأُ الأمةَ وإن كان لم يطأِ المنكوحةَ)؛ لأن المنكوحةَ موطوءةٌ حُكْماً، (ولا يطأُ المنكوحةَ)؛ للجمع، (إلا إذا حَرَّمَ الموطوءةَ علىٰ نفسِه بسببٍ من الأسباب[٣]، فحينئذٍ يطأُ المنكوحةَ)؛ لعدم الجمعِ وَطْأً.

---

(١) صحيح البخاري (٢٦٤٥)، صحيح مسلم (١٤٤٧).

(٢) قال في الدراية ٢/٥٥: لم أجده، وكذلك في التعريف والإخبار ٣/٨.

(٣) نحو عِتْقٍ، أو هبةٍ.

ويطأُ المنكوحةَ إن لم يكن وَطِئَ المملوكةَ.

فإن تزوَّجَ أختَيْن في عُقْدتَيْن، ولا يُدْرَىٰ أيَّتُهما أُولىٰ: فُرِّق بينه وبينهما، ولهما: نصفُ المهر.

ولا يَجمَعُ بين المرأةِ وعمَّتها، أو خالتِها، أو ابنةِ أخيها، أو ابنةِ أختِها.

(ويطأُ المنكوحةَ إن لم يكن وَطِئَ المملوكةَ)؛ لعدم الجمع وَطْأً، إذِ المَرْقوقةُ ليست موطوءةً حُكْماً.

قال: (فإن تزوَّجَ أختَيْن في عُقْدتَيْن، ولا يُدْرَىٰ أيَّتُهما أُولىٰ: فُرِّق بينه وبينهما)؛ لأن نكاحَ إحداهما باطلٌ بيقينٍ، ولا وجهَ إلىٰ التعيين؛ لعدم الأَوْلوية، ولا إلىٰ التنفيذ مع التجهيل[1]؛ لعدم الفائدة[2]، أو للضررِ، فتعيَّن التفريقُ.

(ولهما: نصفُ المهر)؛ لأنه وَجَبَ للأُولىٰ منهما، وانعدمَتِ الأَوْلوية؛ للجهل بالأوَّليَّة، فيُصرَفُ إليهما، وقيل: لا بدَّ من دعوىٰ كلِّ واحدةٍ منهما[3] أنها الأُولىٰ[4]، أو الاصطلاحُ[5]؛ لجهالة المُستَحِقَّة.

قال: (ولا يَجمَعُ بين المرأةِ وعمَّتها، أو خالتِها، أو ابنةِ أخيها، أو ابنةِ أختِها)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تُنكَحُ المرأةُ علىٰ عمَّتها، ولا

---

(١) يعني إلىٰ تصحيحه في إحداهما بغير عينها لعدم الفائدة؛ لأن المقصودَ بالنكاح التوالدُ والتناسلُ، وذلك بالوطء، والوطءُ لا يقعُ في غير المعيَّنة. البناية ٦/٤١.

(٢) لأن المقصود بالنكاح التوالد والتناسل، وذلك بالوطء.

(٣) أي الأختين.

(٤) قوله: أنها الأُولىٰ: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٥) أي أن يصطلحا.

ولا يَجمعُ بين امرأتَيْن لو كانت إحداهما رَجُلاً: لم يَجُزْ له أن يتزوَّجَ بالأخرىٰ.

ولا بأسَ بأن يجمعَ بين امرأةٍ وبنتِ زوجٍ كان لها مِن قبلُ.

علىٰ خالتِها، ولا علىٰ ابنةِ أخيها، ولا علىٰ ابنةِ أُخْتِها»[1].

وهذا مشهورٌ[2] تجوزُ الزيادةُ علىٰ الكتاب بمِثْله.

قال: (ولا يَجمعُ بين امرأتَيْن لو كانت إحداهما رَجُلاً: لم يَجُزْ له أن يتزوَّجَ بالأخرىٰ)؛ لأن الجمعَ بينهما يُفضِي إلىٰ القطيعة، والقَرابةُ المُحَرِّمةُ للنكاح: محرِّمةٌ للقطع.

ولو كانتِ المَحْرَمية بينهما بسبب الرضاع: يَحرُمُ؛ لِمَا رَوَيْنا من قبلُ.

قال: (ولا بأسَ بأن يجمعَ بين امرأةٍ وبنتِ زوجٍ كان لها مِن قبلُ)؛ لأنه لا قرابةَ بينهما، ولا رضاعَ.

وقال زفرُ رحمه الله: لا يجوزُ؛ لأن ابنةَ الزوجِ لو قَدَّرْتَها[3] ذَكَراً: لا يجوزُ له التزوُّجُ بامرأةِ أبيه.

---

(١) سنن أبي داود (٢٠٥٨)، سنن الترمذي (١١٢٦)، وقال: حسن صحيح، وبلفظ قريب جداً في صحيح مسلم (١٤٠٨)، والشطر الأول منه في صحيح البخاري (٥١٠٨)، وينظر نصب الراية ٣/١٦٩.

(٢) أي هذا حديثٌ مشهورٌ تلقَّته الأمةُ بالقبول، تجوز به الزيادة علىٰ كتاب الله، أي يُخصَّص به المتواتر، وعليه: يُخصَّص بهذا الحديث المشهور عمومُ قوله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾. النساء/٢٤.

(٣) وفي نُسخ: قدَّرْناها.

ومَن زنا بامرأةٍ: حَرُمَتْ عليه أمُّها، وابنتُها.

قلنا: امرأةُ الأبِ لو صورَّتَها[١] ذَكَراً: جاز له التزوُّجُ بهذه[٢]، والشرطُ أن يُصوَّر ذلك من كلِّ جانبٍ.

قال: (ومَن زنا بامرأةٍ: حَرُمَتْ عليه أمُّها، وابنتُها).

وقال الشافعيُّ[٣] رحمه الله: الزنا لا يوجِبُ حُرمةَ المصاهرة؛ لأنها نعمةٌ، فلا تُنالُ بالمَحظور.

ولنا: أن الوطءَ سببُ الجزئيةِ بواسطة الولد، حتىٰ يُضافُ[٤] إلىٰ كلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً، فتصيرُ أصولُها وفروعُها كأصوله وفروعِه، وكذلك علىٰ العكس[٥].

والاستمتاعُ بالجزء[٦]: حرامٌ إلا في موضعِ الضرورة، وهي الموطوءة.

---

(١) وفي نُسخ: لو قدَّرتَها، وفي أخرىٰ: قدَّرناها.

(٢) أي بهذه البنت.

(٣) الأم ٥/١٦٦.

(٤) أي الولدُ.

(٥) أي وكذلك تصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها.

(٦) هذا جوابٌ عما يُقال: لو كان الأمر كذلك: لكانت الحرمة ثابتةً في نفس المرأة الموطوءة؛ لأنها حينئذٍ جزءُ الواطئ، فأجاب بقوله:

والاستمتاع بالجزء، وهو البنت: حرامٌ، إلا في موضع الضرورة، وهي الموطوءةُ؛ لأنها لو قيل بحرمتها: لَمَا حلَّت امرأةٌ بعد ما ولدت لزوجها، فيؤدي إلىٰ إبطال المقصود من شَرْعِ النكاح، وهو التوالد والتناسل، فلمعنىٰ الضرورة: لم يُعتبر ذلك هنا، كما حلَّت حواء لآدم عليهما السلام وقد خُلقت منه حقيقةً، فحَلَّت له ضرورةً، وحَرُمت بنتُها. البناية ٦/٤٩، العناية ٣/٢٢٠.

ومَن مَسَّتْه امرأةٌ بشهوةٍ: حَرُمَتْ عليه أمُّها، وابنتُها.

والوطءُ مُحَرِّمٌ[١]؛ من حيث إنه سببُ الولد، لا من حيثُ إنه زناً.

قال: (ومَن مَسَّتْه امرأةٌ بشهوةٍ: حَرُمَتْ عليه أمُّها، وابنتُها).

وقال الشافعيُّ[٢] رحمه الله: لا تَحْرُمُ.

وعلىٰ هذا الخلاف: مَسُّه امرأةً بشهوةٍ، ونَظَرُه إلىٰ فَرْجِها بشهوةٍ، ونظرُها إلىٰ ذَكَره عن شهوةٍ.

له: أن المَسَّ والنظرَ ليسا في معنىٰ الدخول، ولهذا لا يَتعلَّقُ بهما فسادُ الصوم، والإحرامِ، ووجوبُ الاغتسال، فلا يُلْحقان به.

ولنا: أن المسَّ والنظرَ بشهوةٍ سببٌ داعٍ إلىٰ الوطء، فيُقامُ مَقامَه في موضع الاحتياط.

ثم المسُّ بشهوةٍ: أن تَنتشِرَ الآلةُ، أو تزدادَ انتشاراً، هو الصحيح.

والمعتبرُ: النظرُ إلىٰ الفَرْجِ الداخلِ، ولا يتحقَّقُ ذلك إلا عند اتِّكائها.

ولو مسَّ، فأنزل: فقد قيل: إنه يوجِبُ الحُرمةَ، والصحيحُ أنه لا يوجِبُها؛ لأنه بالإنزالِ تبيَّنَ أنه غيرُ مُفْضٍ إلىٰ الوطء.

وعلىٰ هذا[٣]: إتيانُ المرأةِ في الدُّبُر.

---

(١) هذا جوابٌ عن قوله: فلا يُنالُ بالمحظور، وبيانُه: أنَّ الوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته، ولا من حيث إنه زناً، وإنما هو سببٌ لها، من حيث إنه سببٌ للولد، أُقيم مقامه، كالسفر مع المشقة. ينظر البناية ٦/٤٩.

(٢) البيان للعمراني ٩/٢٥٥.

(٣) أي هذا الخلاف بين الحنفية والإمام الشافعي رحمه الله في التحريم.

وإذا طلَّق امرأتَه طلاقاً بائناً، أو رجعياً: لم يَجُزْ له أن يتزوجَ بأختِها حتىٰ تنقضيَ عِدَّتُها.

ولا يتزوَّجُ المولىٰ أمتَه، ولا المرأةُ عبدَها.

قال: (وإذا طلَّق امرأتَه طلاقاً بائناً، أو رجعياً: لم يَجُزْ له أن يتزوجَ بأختِها حتىٰ تنقضيَ عِدَّتُها).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: إن كانتِ العِدَّةُ عن طلاقٍ بائنٍ أو عن ثلاثٍ: يجوز؛ لانقطاع النكاحِ بالكلية؛ إعمالاً للقاطع[٢]، ولهذا لو وطئها مع العلمِ بالحُرمة: يجبُ الحدُّ.

ولنا: أن نكاحَ الأُولىٰ قائمٌ؛ لبقاء أحكامِه، كالنفقةِ والمنعِ والفراش، والقاطِعُ[٣] تأخَّرَ عَملُه إلىٰ زمانٍ، ولهذا بقِيَ القيدُ.

والحَدُّ: لا يجبُ، علىٰ إشارةِ كتاب الطلاق[٤].

وعلىٰ عبارة كتاب الحدود: يجب؛ لأن الملكَ قد زال في حقِّ الحِلِّ، فيتحقَّقُ الزنا، ولم يرتفعْ في حَقِّ ما ذكرنا، فيصيرُ جامِعاً[٥].

قال: (ولا يتزوَّجُ المولىٰ أمتَه، ولا المرأةُ عبدَها)؛ لأن النكاحَ ما شُرِعَ

---

(١) الحاوي الكبير ٩/ ١٧٠.

(٢) وهو الطلاق بالبائن، أو بالثلاث.

(٣) وهو الطلاق.

(٤) أي رواية كتاب الطلاق، وما ذكر في باب ثبوت النسب. وينظر البناية ٦/ ٥٨.

(٥) أي بين الأختين.

ويجوزُ تزوُّجُ الكتابيات، ولا يجوز تزوُّجُ المَجوسيات ولا الوثنيَّاتِ.
ويجوزُ تزوُّجُ الصابئيات إن كانوا يؤمنون بدِيْنِ نبيٍّ، ويُقِرُّون بكتابٍ.

إلا مُثمِراً ثمراتٍ مشتَرَكةٍ بين المتناكِحَيْن[١]، والمملوكيةُ تنافي المالكيةَ، فيمتنعُ وقوعُ الثمرةِ علىٰ الشركة.

قال: (ويجوزُ تزوُّجُ[٢] الكتابيات)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾. المائدة/٥، أي العفائف.

ولا فَرْقَ بين الكتابية الحرَّةِ والأمة، علىٰ ما نبيِّن من بعد إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولا يجوز تزوُّجُ[٣] المَجوسيات)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهلِ الكتاب، غيرَ ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحِهم»[٤].

قال: (ولا الوثنيَّاتِ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾. البقرة/٢٢١.

قال: (ويجوزُ تزوُّجُ الصابئيات إن كانوا يؤمنون بدِيْنِ نبيٍّ، ويُقِرُّون بكتابٍ)؛ لأنهم من أهلِ الكتاب.

---

(١) وهي حقوق الزوج، وحقوق الزوجة.

(٢) وفي نُسخ: تزويج. قلت: والمعنىٰ واحد.

(٣) وفي نُسخ: تزويج.

(٤) الشطر الأول من الحديث أخرجه مالك في الموطأ ٢٧٨/١، وعبد الرزاق في المصنَّف (١٠٠٢٢)، وأما الشطر الثاني، وهو الاستثناء فأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٠٠٢٨)، وغيره، والحديث فيه كلام طويل، وله طرق وأسانيد عديدة، منها الضعيف، ومنها المرسل جيد الإسناد، ومنها ما سنده حسن، ينظر نصب الراية ١٧٠/٣، ٤٢٨، ١٨١/٤، التلخيص الحبير ١٧٢/٣، مجمع الزوائد ١٣/٦.

وإن كانوا يعبُدُون الكواكبَ، ولا كتابَ لهم : لم تَجُزْ مناكحتُهم.

ويجوزُ للمُحرِمِ والمُحرِمة أن يتزوَّجا في حالةِ الإحرام.

(وإن كانوا يعبُدُون الكواكبَ، ولا كتابَ لهم: لم تَجُزْ مناكحتُهم)؛ لأنهم مشركون.

والخلافُ المنقولُ فيه[1]: محمولٌ علىٰ اشتباه مذهبِهم، فكلٌّ أجاب علىٰ ما وقع عنده.

وعلىٰ هذا: حِلُّ ذبيحتِهم.

قال: (ويجوزُ للمُحرِمِ والمُحرِمة أن يتزوَّجا في حالةِ الإحرام).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: لا يجوز.

وتزويجُ الوليِّ المُحرِمِ وليَّتَه: علىٰ هذا الخلاف.

له: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا يَنكِحُ المُحرِمُ، ولا يُنكَحُ»[3].

ولنا: ما رُوي أنه عليه الصلاة والسلام تزوَّجَ بميمونةَ رضي الله عنها، وهو مُحرِمٌ[4].

وما رواه: محمولٌ علىٰ الوطء.

---

(١) بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله، أن أنكحتهم صحيحةٌ عنده، خلافاً لهما. البناية ٦/٦٤.

(٢) الحاوي الكبير ٤/١٢٣.

(٣) صحيح مسلم (١٤٠٩).

(٤) صحيح البخاري (١٨٣٧)، صحيح مسلم (١٤١٠).

ويجوزُ تزوُّجُ الأمةِ، مسلمةً كانت، أو كتابيةً.

ولا يَتزوَّجُ أَمَةً علىٰ حُرَّةٍ.

قال: (ويجوزُ تزوُّجُ الأمةِ، مسلمةً كانت، أو كتابيةً).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا يجوزُ للحُرِّ أن يتزوَّجَ بأمةٍ كتابيةٍ؛ لأن جوازَ نكاحِ الإماءِ ضروريٌّ عنده؛ لِمَا فيه من تعريضِ الجزء علىٰ الرِّق، وقد اندفعتِ الضرورةُ بالمسلمة، ولهذا جَعَلَ طَوْلَ الحُرَّةِ مانعاً منه.

وعندنا: الجوازُ مطلَقٌ؛ لإطلاق المقتضي[2].

وفيه[3]: امتناعٌ عن تحصيلِ الجزءِ الحُرِّ، لا إرقاقُه.

وله[4]: أن لا يُحصِّلَ الأصلَ[5]، فيكونُ له أن لا يُحصِّلَ الوصفَ[6].

قال: (ولا يَتزوَّجُ أَمَةً علىٰ حُرَّةٍ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تُنكَحُ الأمةُ علىٰ الحرة»[7].

---

(١) الحاوي الكبير ٩/٢٤٤.

(٢) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾. النساء/٣.

(٣) أي في الإقدام علىٰ نكاح الأمة.

(٤) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

(٥) أي الولد بالعزل برضا المرأة، وبتزوُّج العجوز والعقيم.

(٦) أي الحرية بتزوُّج الأمة أَوْلىٰ.

(٧) مصنف عبد الرزاق (١٣٠٩٩) مرسلاً عن الحسن بلفظ: نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن تُنكَح الأمة علىٰ الحرة، سنن الدارقطني (٤٠٠٢) عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، سنن البيهقي (١٤٠٠٢). =

ويجوز تزوُّجُ الحرةِ عليها.

فإن تزوَّجَ أَمَةً علىٰ حُرَّةٍ، في عِدَّةٍ من طلاقٍ بائنٍ: . . . .

وهو بإطلاقه حجةٌ علىٰ الشافعي[١] رحمه الله في تجويزِه ذلك للعبد.

وعلىٰ مالكٍ رحمه الله في تجويزه ذلك برضا الحرة[٢].

ولأن للرِّقِّ أثراً في تنصيف النعمة، علىٰ ما نقرِّرُه في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالىٰ.

فيثبتُ به حِلُّ المَحَلِّيَّة في حالةِ الانفراد، دونَ حالةِ الانضمام.

قال: (ويجوز تزوُّجُ الحرةِ عليها)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «وتُنكَحُ الحرةُ علىٰ الأمة»[٣].

ولأنها من المحلَّلات في جميع الحالات، إذْ لا مُنَصِّفَ في حَقِّها.

قال: (فإن تزوَّجَ أَمَةً علىٰ حُرَّةٍ، في عِدَّةٍ من طلاقٍ بائنٍ)، أو ثلاثٍ:

وقد روي هذا الحديث مرفوعاً لكن بسند ضعيف، وروي مرسلاً بعدة طرقٍ، أسانيدُ بعضها صحيح، والبعض الآخر حسن، وروي مثله عن عدد من الصحابة والتابعين، ينظر نصب الراية ٣/١٧١، الدراية لابن حجر ٢/٥٧، التلخيص الحبير ٣/١٧١.

قال ابن الهمام في فتح القدير ٣/١٤١: «فهذه آثارٌ ثابتةٌ عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، تقوِّي الحديث المرسل لو لم يُقَل بحجيته، فوجب قبوله، ثم اعتضد باتفاق العلماء علىٰ الحكم المذكور وإن اختلفت طرق إضافتهم...». اهـ

(١) الحاوي الكبير ٩/٢٤٠.

(٢) يصح العقد وللحرة الخيار، ولا يشترط رضاها. التاج والإكليل ٥/١٣٠.

(٣) هـذا تمـام الحـديث السابق.

لم يَجُزْ عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجوزُ عندهما.

وللحُرِّ أن يتزوَّجَ أربعاً من الحرائر والإماءِ، وليس له أن يتزوجَ أكثرَ من ذلك.

(لم يَجُزْ عند أبي حنيفة رحمه الله.

ويجوزُ عندهما)؛ لأنَّ هذا ليس بتزوُّجٍ عليها، وهو المُحَرَّم، ولهذا لو حَلَفَ لا يتزوَّجُ عليها[١]: لم يحنَثْ بهذا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن نكاحَ الحرةِ باقٍ من وجهٍ؛ لبقاءِ بعضِ أحكامِ النكاح، فيَبقىٰ المنعُ؛ احتياطاً.

بخلاف اليمين؛ لأنَّ المقصودَ أنْ لا يُدْخِلَ غيرَها في قَسْمِها.

قال: (وللحُرِّ أن يتزوَّجَ أربعاً من الحرائر والإماءِ، وليس له أن يتزوجَ أكثرَ من ذلك)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾. النساء/٣.

والتنصيصُ علىٰ العدد: يَمنعُ الزيادةَ عليه.

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: لا يتزوجُ[٣] إلا أَمَةً واحدةً؛ لأنه ضروريٌّ[٤] عنده.

---

(١) أي علىٰ الحرة.

(٢) الإقناع ٢/٤٠٢.

(٣) أي الحرُّ.

(٤) أي لأن نكاح الإماء ضروري، والضرورة ترتفع بالواحدة، كالميتة.

ولا يجوزُ للعبد أن يتزوَّجَ أكثرَ من اثنتَيْن.

فإن طلَّق الحرُّ إحدىٰ الأربعِ طلاقاً بائناً: لم يَجُزْ له أن يتزوجَ رابعةً حتىٰ تنقضيَ عِدَّتُها.

وإن تزوَّجَ حُبْلىٰ من زناً: جاز النكاحُ، ولا يطؤها حتىٰ تَضَعَ حملَها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

والحُجَّةُ عليه ما تلَوْنا، إذِ الأمةُ المنكوحةُ ينتظمُها اسمُ النساء، كما في الظِّهَار.

قال: (ولا يجوزُ للعبد أن يتزوَّجَ أكثرَ من اثنتَيْن).

وقال مالك[1] رحمه الله: يجوز؛ لأنه في حَقِّ النكاحِ: بمنزلة الحُرِّ عنده، حتىٰ مَلَكَه بغير إذنِ المولىٰ.

ولنا: أن الرِّقَّ مُنَصِّفٌ للنِّعمة، فيتزوجُ العبدُ اثنتين، والحرُّ أربعاً؛ إظهاراً لشرف الحرية.

قال: (فإن طلَّق الحرُّ إحدىٰ الأربعِ طلاقاً بائناً: لم يَجُزْ له أن يتزوجَ رابعةً حتىٰ تنقضيَ عِدَّتُها).

وفيه خلافُ الشافعيِّ[2] رحمه الله.

وهو نظيرُ نكاحِ الأختِ في عِدَّةِ الأخت.

قال: (وإن تزوَّجَ حُبْلىٰ من زناً: جاز النكاحُ، ولا يطؤها حتىٰ تَضَعَ حملَها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

---

(١) التلقين للقاضي عبد الوهاب ص٨٤.

(٢) أي يجوز عنده الرابعة في عدة المطلقة طلاقاً بائناً. الحاوي الكبير ٩/٢٤٨.

وقال أبو يوسف رحمه الله : النكاحُ فاسدٌ .

وإنْ كان الحَمْلُ ثابتَ النسب : فالنكاحُ باطلٌ ، بالإجماع .

فإن تزوَّجَ حامِلاً من السَّبْيِ : فالنكاحُ فاسدٌ .

وإن زوَّجَ أمَّ ولدِه ، وهي حامِلٌ منه : فالنكاحُ باطلٌ .

وقال أبو يوسف رحمه الله: النكاحُ فاسدٌ.

وإنْ كان الحَمْلُ ثابتَ النسب: فالنكاحُ باطلٌ، بالإجماع).

لأبي يوسف رحمه الله: أن الامتناعَ في الأصل لحُرْمة الحَمْل، وهذا الحَمْلُ محترَمٌ؛ لأنه لا جنايةَ منه، ولهذا لم يَجُزْ إسقاطُه.

ولهما: أنها من المُحَلَّلات بالنصِّ[١].

وحُرمةُ الوطء: كي لا يَسْقِيَ ماؤه زَرْعَ غيرِه.

والامتناعُ في ثابتِ النسب: لحَقِّ صاحبِ الماء، ولا حُرْمةَ للزاني.

قال: (فإن تزوَّجَ حامِلاً من السَّبْيِ: فالنكاحُ فاسدٌ)؛ لأنه ثابتُ النسب.

(وإن زوَّجَ[٢] أمَّ ولدِه، وهي حامِلٌ منه: فالنكاحُ باطلٌ)؛ لأنها فراشٌ لمولاها، حتىٰ يثبتُ نسبُ ولدِها منه من غير دِعوةٍ.

فلو صحَّ النكاحُ: لحصل الجمعُ بين الفراشَيْن، إلا أنه غيرُ متأكِّدٍ[٣] حتىٰ ينتفيَ الولدُ بالنفي من غيرِ لِعَانٍ، فلا يُعتبرُ ما لم يتصل به الحملُ.

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾. النساء/ ٢٤.

(٢) وفي نُسخ: تزوج.

(٣) أي الفراش.

ومَن وَطِئَ جاريتَه، ثم زوَّجها لرجلٍ : جاز النكاحُ، وإذا جاز النكاحُ : فللزوجِ أن يَطأَها قبلَ الاستبراءِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله : لا أُحِبُّ له أن يطأَها قبلَ أن يستبرئها.

وكذا إذا رأىٰ امرأةً تزني، فتزوَّجها : حَلَّ له أن يطأَها قبلَ أن يستبرئها عندهما.

قال: (ومَن وَطِئَ جاريتَه، ثم زوَّجها لرجلٍ: جاز النكاحُ[1])؛ لأنها ليست بفراشٍ لمولاها[2]، فإنها لو جاءت بولدٍ: لا يثبتُ نسبُه من غيرِ دِعوةٍ، إلا أنَّ عليه أن يستبرئها[3]؛ صيانةً لمائه.

قال: (وإذا جاز النكاحُ: فللزوجِ أن يَطأَها قبلَ الاستبراءِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا أُحِبُّ له أن يطأَها قبلَ[4] أن يستبرئها)؛ لأنه احتمل الشَّغْلُ بماءِ المولىٰ، فوَجَبَ التنزُّه، كما في الشراء.

ولهما: أن الحكمَ بجواز النكاحِ أمارةُ الفراغ، فلا يُؤمَرُ بالاستبراء، لا استحباباً، ولا وجوباً، بخلاف الشراءِ؛ لأنه يجوزُ مع الشَّغْل.

قال: (وكذا إذا رأىٰ امرأةً تزني، فتزوَّجها: حَلَّ له أن يطأَها قبلَ أن يستبرئها عندهما.

---

(١) أي قبل أن يستبرئها. البناية ٦/٧٩.

(٢) أي لعدم وجود حدِّ الفراش، وهو: صيرورة المرأة متعينةً لثبوت نسب الولد منها. البناية ٦/٧٨.

(٣) أي علىٰ المولىٰ أن يستبرئها، وهذا للاستحباب، لا الوجوب. البناية ٦/٧٩.

(٤) وفي نُسخ: حتىٰ يستبرئها.

وقال محمدٌ رحمه الله : لا أُحِبُّ له أن يطأها قبل أن يَستبرِئَها .

ونكاحُ المُتعة : باطلٌ، والنكاحُ المؤقَّتُ : باطلٌ، مثلُ أن يتزوجَ امرأةً بشهادة شاهدَيْن عشرةَ أيامٍ .

وقال محمدٌ رحمه الله: لا أُحِبُّ له أن يطأها قبل أن[1] يَستبرِئَها)، والمعنىٰ ما ذكرناه.

قال: (ونكاحُ المُتعة: باطلٌ).

وهو أن يقولَ لامرأةٍ: أتمتَّعُ بكِ كذا مدةً، بكذا من المال.

وقال مالكٌ رحمه الله: هو جائزٌ[2]؛ لأنه كان مباحاً، فيبقىٰ إلىٰ[3] أن يظهَرَ ناسخُه.

قلنا: ثَبتَ النَّسْخُ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم[4].

وابنُ عباس رضي الله عنهما صحَّ رجوعُه إلىٰ قولهم[5]، فتقرَّر الإجماع.

قال: (والنكاحُ المؤقَّتُ: باطلٌ، مثلُ أن يتزوجَ امرأةً بشهادة شاهدَيْن عشرةَ أيامٍ).

---

(١) وفي نُسخ: ما لم يستبرئْها.

(٢) المذكور في كتب المالكية حرمة نكاح المتعة. كما قال العيني في البناية ٨٢/٦، وينظر للمالكية: الرسالة لابن أبي زيد ٩٠/١، المعونة ٧٥٨/٢.

(٣) وفي نُسخ: إلا.

(٤) صحيح مسلم (١٤٠٥، ١٢٤٩)، الدراية ٥٧/٢، وحكىٰ الإجماع الحازمي (ت٥٨٤) في الاعتبار ص١٧٧، وينظر التعريف والإخبار ١٥/٣.

(٥) قال في التعريف والإخبار ١٥/٣: لا أعلمه صحيحاً، بل رواه الترمذي (١١٢٢)، وهو ضعيف، مصنف ابن أبي شيبة (١٧٠٧٢)، الدراية ٥٨/٢.

ومَن تزوَّج امرأتَيْن في عُقْدَةٍ واحدةٍ، إحداهما لا يَحِلُّ له نكاحُها: صحَّ نكاحُ التي يَحِلُّ نكاحُها، وبَطَلَ نكاحُ الأخرىٰ.

ومَن ادَّعت عليه امرأةٌ أنه تزوَّجَها، وأقامتْ بيِّنةً، فجَعَلَها القاضي امرأتَه، ولم يكن تزوَّجَها: وَسِعَها المُقامُ معه، وأن تَدَعَه يجامِعُها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً.

وقال زفرُ رحمه الله: هو صحيحٌ لازِمٌ؛ لأن النكاحَ لا يبطلُ بالشروط الفاسدة.

ولنا: أنه أتىٰ بمعنىٰ المُتعة، والعبرةُ في العقود للمعاني.

ولا فَرْقَ بين ما إذا طالت مدةُ التأقيت، أو قَصُرتْ؛ لأن التأقيتَ هو المعيِّنُ لجهةِ المتعة، وقد وُجد.

قال: (ومَن تزوَّج امرأتَيْن في عُقْدَةٍ واحدةٍ، إحداهما لا يَحِلُّ له نكاحُها: صحَّ نكاحُ التي يَحِلُّ نكاحُها، وبَطَلَ نكاحُ الأخرىٰ)؛ لأن المبطِلَ في إحداهما.

بخلاف ما إذا جَمَعَ بين حُرٍّ وعبدٍ في البيع؛ لأنه يبطلُ بالشروط الفاسدة، وقَبُولُ العقدِ في الحرِّ شَرْطٌ فيه.

ثم جميعُ المسمَّىٰ: للتي يَحِلُّ له نكاحُها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يُقسَم علىٰ مهر مثلَيْهما، وهي مسألة «الأصل[1]».

قال: (ومَن ادَّعت عليه امرأةٌ أنه تزوَّجَها، وأقامتْ بيِّنةً، فجَعَلَها القاضي امرأتَه، ولم يكن تزوَّجَها: وَسِعَها المُقامُ معه، وأن تَدَعَه يجامِعُها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً.

---

(١) أي المبسوط، للإمام محمد. البناية ٦/٨٧.

وفي قوله الآخِرِ، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله : لا يَسَعُه أن يطأَها .

وفي قوله الآخِرِ، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله: لا يَسَعُه أن يطأَها)، وهو قولُ الشافعي[١] رحمه الله.

لأن القاضيَ أخطأ الحُجَّةَ، إذِ الشهودُ كَذَبَةٌ، فصار كما إذا ظَهَرَ أنهم عبيدٌ، أو كفارٌ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الشهودَ صَدَقَةٌ عنده[٢]، وهو الحجةُ؛ لتعذُّر الوقوفِ علىٰ حقيقةِ الصدقِ.

بخلاف الكفر، والرِّقِّ؛ لأن الوقوفَ عليهما متيسِّرٌ.

وإذا ابتُنِيَ القضاءُ علىٰ الحُجَّة، وأمكن تنفيذُه باطناً بتقديم النكاح[٣]: يُنفَّذُ؛ قطعاً للمنازعة.

بخلافِ الأملاكِ المرسَلة[٤]؛ لأن في الأسبابِ تزاحماً، فلا إمكانَ[٥]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) نهاية المطلب ١٩/٨٣.

(٢) أي عند القاضي.

(٣) يعني بتقديم النكاح علىٰ القضاء بطريق الاقتضاء. البناية ٦/٨٩.

(٤) أي المطلَقة عن إثباتِ سببِ المِلْكِ، فإن ادعىٰ مِلْكاً مطلَقاً في الجارية أو الطعام من غير تعيين شراءٍ، أو إرثٍ: لا ينعقدُ القضاءُ فيها إلا ظاهراً، بالاتفاق، حتىٰ لا يَحِلُّ للمقضيِّ له وطؤها. البناية ٦/٩٠.

(٥) أي في تنفيذه إلا ظاهراً.

بابٌ

في الأولياء والأكفاء

وينعقدُ نكاحُ الحرَّةِ، البالغةِ، العاقلةِ برضاها وإن لم يَعقِدْ عليها وليٌّ، بِكْراً كانتْ أو ثيِّباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ينعقدُ إلا بوليٍّ.

بابٌ

في الأولياء والأكفاء

قال: (**وينعقدُ نكاحُ الحرَّةِ، البالغةِ، العاقلةِ برضاها وإن لم يَعقِدْ عليها وليٌّ، بِكْراً كانتْ أو ثيِّباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، في ظاهر الرواية**[1].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ينعقدُ إلا بوليٍّ.

---

(١) أي يصحُّ العقد، ولا يلزم، وللأولياء الاعتراض والفسخ إن كان غير كفء. ينظر ابن عابدين ٨/٢٩٢، وهذا احترازٌ عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله، أنه قال: إن كان الزوج كفؤاً لها: جاز النكاح، وإلا: فلا. البناية ٦/٩٠، أي لا يصح النكاح، وفي فتح القدير ٣/١٥٧: ورواية الحسن اختيرت للفتوىٰ. اهـ، وينظر ما نَقَلَه ابن عابدين ٨/١٩١ في اعتماد رواية الحسن للفتوىٰ.

وعند محمدٍ رحمه الله : ينعقدُ موقوفاً.

وعند محمدٍ رحمه الله: ينعقدُ موقوفاً[(١)].

وقال مالكٌ[(٢)] والشافعيٌّ[(٣)] رحمهما الله: لا ينعقدُ النكاحُ بعبارة النساء أصلاً؛ لأن النكاحَ يُرَادُ لمقاصده، والتفويضُ إليهنَّ مُخِلٌّ بها.

إلا أنَّ محمداً رحمه الله يقول: يرتفعُ الخَلَلُ بإجازة الوليِّ.

ووَجْهُ الجواز: أنها تصرَّفتْ في خالِصِ حقِّها، وهي من أهلِه؛ لكونها عاقلةً بالغةً مميِّزةً، ولهذا كان لها التصرُّفُ في المال، ولها اختيارُ الأزواج.

وإنما يُطالَبُ الوليُّ بالتزويج؛ كي لا تُنسَبَ إلىٰ الوَقاحة[(٤)].

ثم في ظاهر الرواية: لا فَرْقَ بين الكُفْءِ، وغيرِ الكُفْءِ، ولكنْ للوليِّ الاعتراضُ في غير الكفءِ.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أنه لا يجوزُ في غيرِ الكفء[(٥)]؛ لأنه كم من واقعٍ لا يُرفَع.

ويُروىٰ رجوعُ محمدٍ رحمه الله إلىٰ قولِهما.

---

(١) أي علىٰ إجازة الولي، فإن أجاز: جاز، وإلا: لا.

(٢) التلقين ص٨٢.

(٣) كفاية الأخيار ٢/٨٧.

(٤) الوقاحة: قلة الحياء. مختار الصحاح (وقح).

(٥) نقل العيني في البناية عن جماعة من الحنفية أن هذه الرواية هي المختارة للفتوىٰ، وهي أقرب للاحتياط.

ولا يجوزُ للوليِّ إجبارُ البِكْرِ البالغةِ علىٰ النكاح.

وإذا استأذنها، فسكَتَتْ، أو ضَحِكَتْ: فهو إذنٌ منها.

قال: (ولا يجوزُ للوليِّ إجبارُ البِكْرِ البالغةِ علىٰ النكاح).

خلافاً للشافعي[١] رحمه الله.

له: الاعتبارُ بالصغيرة، وهذا لأنها جاهِلَةٌ بأمر النكاح؛ لعدمِ التجربة، ولهذا يَقبِضُ الأبُ صداقَها بغير أمرِها.

ولنا: أنها حُرَّةٌ مخاطَبَةٌ، فلا يكونُ للغير عليها ولايةٌ[٢].

والولايةُ علىٰ الصغيرة: لقُصور عقلِها، وقد كَمُلَ بالبلوغ، بدليلِ توجُّه الخِطَاب، فصار[٣] كالغلام، وكالتصرف في المال.

وإنما يَملِكُ الأبُ قَبْضَ الصَّداقِ برضاها دلالةً، ولهذا لا يَملِكُ مع نَهْيِها.

قال: (وإذا استأذنها، فسكَتَتْ، أو ضَحِكَتْ[٤]: فهو إذنٌ منها[٥]).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «البِكْرُ تُستأمرُ في نفسِها، فإن سكَتَتْ: فقد رضيت»[٦].

---

(١) مغني المحتاج ١٤٩/٣.

(٢) وفي إحدىٰ طبعات الهداية: ولاية الإجبار.

(٣) أي فصار الإجبار عليها: كالإجبار علىٰ الغلام. البناية ١٠١/٦.

(٤) وكذا إذا ابتسمت. البناية ١٠٢/٦، وقد جاء في نسخة ٧٩٦هـ من بداية المبتدي: ضحكت بلا صوتٍ.

(٥) وزاد في بداية المبتدي ص٢١٣ قولَه: وإن أبَتْ: لم يزوِّجها.

(٦) قال في نصب الراية ١٩٤/٣: غريب بهذا اللفظ، وبلفظ قريب منه في:=

وإن فَعَلَ هذا غيرُ الوليِّ، أو وليٌّ غيرُه أَوْلىٰ منه : لم يكن رضاً حتىٰ تتكلَّم به.

ولا تُشترط تسميةُ المهرِ، هو الصحيحُ.

ولأن جَنَبَةَ الرضا فيه راجحةٌ؛ لأنها تستحيي عن[1] إظهارِ الرغبة، لا عن الردِّ، والضَّحِكُ أدلُّ علىٰ الرضا من السكوت.

بخلاف ما إذا بَكَتْ؛ لأنه دليلُ السَّخَط[2] والكراهية.

وقيل: إذا ضَحِكَتْ كالمستهزئة بما سَمِعَتْ: لا يكون رضاً.

وإذا بَكَتْ بلا صوتٍ: لم يكنْ ردّاً.

قال: (وإن فَعَلَ هذا غيرُ الوليِّ)، يعني إذا استأمَرَ غيرُ الولي، (أو وليٌّ غيرُه أَوْلىٰ منه: لم يكن رضاً حتىٰ تتكلَّم به)؛ لأن هذا السكوتَ لقِلَّة الالتفات إلىٰ كلامه، فلم يقعْ دلالةً علىٰ الرضا، ولو وقع: فهو محتمِلٌ، والاكتفاءُ بمثله للحاجة، ولا حاجةَ في حَقِّ غيرِ الأولياء.

بخلاف ما إذا كان المستأمِرُ رسولَ الوليِّ؛ لأنه قائمٌ مَقامَه.

ويُعتبرُ في الاستئمار تسميةُ الزوجِ علىٰ وجهٍ تقعُ به المعرفةُ؛ لتَظهَرَ رغبتُها فيه[3]، من رغبتِها عنه.

قال: (ولا تُشترط تسميةُ المهرِ، هو الصحيحُ)؛ لأن للنكاح صحةً بدونه.

صحيح البخاري (٥١٣٦)، صحيح مسلم ١٠٣٧/٢، وينظر سنن ابن ماجه (١٨٧١).

(١) وفي نُسخ: من.

(٢) ويجوز ضبطها هكذا: السُّخْط. مختار الصحاح.

(٣) أي الزوج المسمىٰ.

ولو زوَّجها، فبَلَغَها الخبرُ، فسَكَتَتْ: فهو علىٰ ما ذكرنا.

ولو استأذنَ الثيِّبَ: فلا بدَّ من رضاها بالقول.

وإذا زالتْ بكَارتُها بوَثْبةٍ أو حَيْضةٍ أو جراحةٍ أو تَعْنِيسٍ: فهي. . . .

قال: (ولو زوَّجها[1]، فبَلَغَها الخبرُ، فسَكَتَتْ: فهو علىٰ ما ذكرنا)؛ لأن وجهَ الدلالةِ في السكوتِ لا يختلِفُ.

ثم المُخبِرُ: إن كان فضولياً: يُشترَطُ فيه العددُ، أو العدالةُ عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما.

ولو كان رسولاً: لا يُشترُط، إجماعاً، وله نظائرُ.

قال: (ولو استأذنَ الثيِّبَ: فلا بدَّ من رضاها بالقول)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الثيِّبُ تُشاوَر»[2].

ولأن النُّطْقَ لا يُعَدُّ عيباً منها، وقَلَّ الحياءُ بالممارسة[3]، فلا مانعَ من النُّطْقُ في حقِّها.

قال: (وإذا زالتْ بكَارتُها بوَثْبةٍ أو حَيْضةٍ أو جراحةٍ أو تَعْنِيسٍ: فهي

---

(١) أي الولي.

(٢) قال في الدراية ٦٢/٢: لم أره بهذا اللفظ. اهـ، قلت: بل هو في مسند أحمد (٧١٣١)، وعزاه في فتح الباري ١٩٢/٩ لابن المنذر، وصححه الشيخ أحمد شاكر في تحقيقه للمسند ١٠٢/١٢، وتعقبه الشيخ محمد عوامة في تحقيقه لنصب الراية (الدراسة) ص٤٢٤ بأنه حديث حسن.

(٣) بالرجال.

في حُكْمِ الأبكار.

ولو زالَتْ بَكارتُها بزناً: فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله.

في حُكْمِ الأبكار)؛ لأنها بِكْرٌ حقيقيةً؛ لأنَّ مُصِيبَها: أولُ مُصِيبٍ لها، ومنه[١]: الباكورة[٢]، والبُكْرة[٣].

ولأنها تستحيي؛ لعدمِ الممارسة.

قال: (ولو زالَتْ بكارتُها بزناً: فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله).

وقال أبو يوسف ومحمدٌ والشافعيٌّ[٤] رحمهم الله: لا يُكتَفَىٰ بسكوتها؛ لأنها ثيِّبٌ حقيقةً؛ لأن مصيبَها عائدٌ إليها.

ومنه: المَثوبَةُ[٥]، والمَثابة، والتثويب.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الناس عَرَفوها بِكْراً، فيَعِيْبُونَها[٦] بالنُّطق، فتمتنعُ عنه، فيُكتفَىٰ بسكوتها؛ كي لا تتعطَّلَ عليها مصالِحُها.

بخلاف ما إذا وُطئتْ بشُبهةٍ أو بنكاحٍ فاسدٍ؛ لأن الشرعَ أظهرَه، حيثُ

---

(١) أي ومن اشتقاق: البِكْر: الباكورة.

(٢) أي التي تُدرَك من الثمار أوَّلاً. البناية ٦/١٠٨.

(٣) أي أول النهار.

(٤) نهاية المطلب ١٢/٤٣.

(٥) أي الثواب؛ لأن الثواب جزاء عملِه يَرجعُ إليه.
وأما المَثابة: فهو الموضع الذي يُثاب إليه، والتثويب هو: الدعاء مرةً بعد مرةٍ.

(٦) وفي نُسَخ: فيُعَيِّرونها.

وإذا قال الزوجُ: بَلَغَكِ النكاحُ، فسكَتِّ، وقالت: لا، بل ردَدْتُ: فالقولُ قولُها.

وإن أقام الزوجُ البيِّنةَ علىٰ سكوتِها: ثَبَتَ النكاحُ.

وإن لم تكن له بينةٌ: فلا يمينَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله.

علَّقَ به أحكاماً، أما الزنا: فقد نُدِبَ إلىٰ سَتْرِه[1].

حتىٰ لو اشتهر حالُها: لا يُكتفَىٰ بسكوتها.

قال: (وإذا قال الزوجُ: بَلَغَكِ النكاحُ، فسكَتِّ، وقالت: لا، بل ردَدْتُ: فالقولُ قولُها).

وقال زفر رحمه الله: القولُ قولُه؛ لأن السكوتَ أصلٌ، والردَّ عارضٌ، فصار كالمشروطِ له الخيارُ إذا ادَّعىٰ الردَّ بعد مُضِيِّ المدة.

ونحنُ نقول: إنه يدعي لزومَ العقد، وتملُّكَ البُضْع، والمرأةُ تدفعُه، فكانت منكِرةً، كالمودَع إذا ادعىٰ ردَّ الوديعة.

بخلاف مسألةِ الخيار؛ لأن اللزومَ قد ظَهَرَ بمُضِيِّ المدة.

قال: (وإن أقام الزوجُ البيِّنةَ علىٰ سكوتِها: ثَبَتَ النكاحُ)؛ لأنه نوَّرَ دعواه بالحُجَّة.

(وإن لم تكن له بينةٌ: فلا يمينَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهي

---

(١) فقد قال صلىٰ الله عليه وسلم: «... مَن أصاب من هذه القاذورات: فليستتِر بستْرِ الله تعالىٰ». ينظر البناية ٦/١١٠، أخرجه مالكٌ في الموطأ ٢/٨٢٥ (١٢).

ويجوزُ نكاحُ الصغيرِ والصغيرةِ إذا زَوَّجهما الوليُّ، بِكْراً كانتِ الصغيرةُ أو ثيِّباً، والوليُّ هو العَصَبَة.

مسألةُ الاستحلاف في الأشياء الستة[1]، وستأتيكَ في كتاب الدعوىٰ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ويجوزُ نكاحُ الصغيرِ والصغيرةِ إذا زَوَّجهما الوليُّ، بِكْراً كانتِ الصغيرةُ أو ثيِّباً، والوليُّ هو العَصَبَة).

ومالكٌ[2] رحمه الله يخالِفُنا في غيرِ الأب.

والشافعيُّ رحمه الله في غيرِ الأبِ والجَدِّ[3]، وفي الثيبِ الصغيرةِ[4] أيضاً.

وجهُ قولِ مالكٍ رحمه الله: أن الولايةَ علىٰ الحُرَّةِ باعتبار الحاجة، ولا حاجةَ هنا؛ لانعدامِ الشهوة، إلا أن ولايةَ الأبِ ثَبَتَتْ نصّاً[5]، بخلاف القياس، والجَدُّ ليس في معناه، فلا يُلْحَقُ به.

---

(١) وهي: النكاح، والرجعة، والفيء في الإيلاء، والاستيلاد، والرِّق، والولاء.

(٢) التلقين للقاضي عبد الوهاب ص٨٢.

(٣) أي ولي الصغير والصغيرة البكر عنده: الأب والجد لا غير، فلو زوَّجهما الأخ أو العم كُرهاً: لا ينعقد النكاح. أسنىٰ المطالب ١٢٦/٣.

(٤) فليس لأحدٍ من أوليائها أباً أو غيره أن يزوجها إلا بعد بلوغها وإذنها، ولا يجوز إجبارها. الحاوي الكبير ٦٦/٩.

(٥) فإن أبا بكر الصديق رضي الله عنه زوَّج عائشة رضي الله عنها من النبي صلىٰ الله عليه وسلم وهي صغيرةٌ بنت ست سنين. الصحيحين (خ: ٣٨٩٤، م: ١٤٢٢)

. . . .

قلنا: لا، بل هو موافِقٌ للقياس؛ لأن النكاحَ يتضمَّنُ المَصالِحَ، ولا تتوفرُ إلا بين المتكافئين عادةً، ولا يتَّفِقُ الكفءُ في كلِّ زمانٍ، فأثبَتْنا الولايةَ في حالة الصِّغَر؛ إحرازاً للكُفْءِ.

وجهُ قولِ الشافعيِّ رحمه الله: أن النظرَ لا يَتِمُّ بالتفويض إلىٰ غيرِ الأبِ والجَدِّ؛ لقصور شفقتِه، وبُعْدِ قرابته، ولهذا لا يَملِكُ التصرُّفَ في المال، مع أنه أدنىٰ رُتْبةً، فلأَنْ لا يملكَ التصرُّفَ في النفس، وأنه أعلىٰ: كان أَوْلىٰ.

ولنا: أن القرابةَ داعيةٌ إلىٰ النظر، كما في الأبِ والجَدِّ، وما فيه من القصور: أظهرناه في سَلْبِ ولايةِ الإلزام.

بخلاف التصرُّفِ في المال، فإنه يتكرَّرُ، فلا يُمكِنُ تداركُ الخَلَلِ، فلا تُفيدُ الولايةُ إلا ملزِمةً، ومع القصورِ: لا تثبتُ ولايةُ الإلزام.

وجهُ قولِه[1] في المسألة الثانية: أن الثِّيابةَ سَبَبٌ لحدوث الرأي؛ لوجود الممارسة، فأَدَرْنا الحكمَ عليها؛ تيسيراً.

ولنا: ما ذَكَرْنا مِن تحقُّقِ الحاجة، ووُفورِ الشفقة، ولا ممارسةَ[2] تُحدِثُ الرأيَ بدون الشهوة، فيُدارُ الحكمُ علىٰ الصِّغَر.

---

(١) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٢) أي للصغيرة.

فإن زوَّجَهما الأبُ والجَدُّ : فلا خيارَ لهما بعد بلوغِهما .

وإن زوَّجهما غيرُ الأبِ والجَدِّ : فلكلٍّ واحدٍ منهما الخيارُ إذا بَلَغَ : إن شاء أقام علىٰ النكاح، وإن شاء فَسَخَ.

وقال أبو يوسف رحمه الله : لا خيارَ لهما .

ثم الذي يؤيِّدُ كلامَنا فيما تقدَّمَ: قولُه عليه الصلاة والسلام: «النكاحُ[1] إلىٰ العصبات»[2]، من غير فَصْلٍ.

والترتيبُ في العصباتِ في ولاية النكاح: كالترتيب في الإرث.

والأبعدُ محجوبٌ بالأقرب.

قال: (فإن زوَّجَهما الأبُ والجَدُّ)، يعني الصغيرَ والصغيرةَ: (فلا خيارَ لهما بعد بلوغِهما)؛ لأنهما[3] كامِلا الرأيِ، وافِرا الشفقة، فيَلزمُ العقدُ بمباشرتهما، كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ.

قال: (وإن زوَّجهما غيرُ الأبِ والجَدِّ: فلكلٍّ واحدٍ منهما الخيارُ إذا بَلَغَ: إن شاء أقام علىٰ النكاح، وإن شاء فَسَخَ)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا خيارَ لهما)؛ اعتباراً بالأبِ والجَدِّ.

---

(١) وفي نُسخ: الإنكاح.

(٢) بيَّض له صاحب نصب الراية ٣/١٩٥، وقال في الدراية ٢/٦٢: لم أجده. قال في البناية ٦/١١٥: لا يثبتُ، مع أن الأئمة الأربعة اتفقوا علىٰ العمل به في حق البالغة. اهـ، ولم يجده العلامة قاسم كما في التعريف والإخبار ٣/٢٤.

(٣) أي الأب والجدُّ.

ويُشترط فيه القضاءُ.

ولهما: أن قرابةَ الأخِ ناقصةٌ، والنقصانُ يُشعِرُ بقُصور الشفقة، فيَتطرَّقُ الخَلَلُ إلىٰ المقاصد، عسىٰ[(١)] والتداركُ ممكنٌ[(٢)] بخيار الإدراك[(٣)].

وإطلاقُ الجوابِ[(٤)] في غير الأبِ والجَدِّ: يتناولُ الأمَّ، والقاضيَ، وهو الصحيحُ من الرواية؛ لقصور الرأيِ في أحدِهما، ونقصانِ الشفقةِ في الآخرِ، فيتخيَّر[(٥)].

قال: (ويُشترط فيه القضاءُ).

بخلاف خيارِ العِتْقِ؛ لأن الفسخَ ها هنا: لدفع ضررٍ خفيٍّ، وهو تمكُّنُ الخَلَلِ، ولهذا يشملُ الذَّكَرَ والأنثىٰ، فجُعل إلزاماً في حَقِّ الآخرِ، فيَفتَقِرُ إلىٰ القضاءِ.

وخيارُ العِتْقِ: لدفعِ ضررٍ جَلِيٍّ، وهو زيادةُ الملكِ عليها، ولهذا يَختصُّ بالأنثىٰ، فاعتُبرَ دفعاً، والدفعُ لا يفتقرُ إلىٰ القضاء.

---

(١) قال في البناية ٦/١١٧: عسىٰ هنا: للترجِّي، أي ربما التداركُ يحصل بخيار الإدراك. اهـ، في حين أن سعدي جلبي قال في حاشيته علىٰ العناية ٣/١٧٥: التقدير: عسىٰ الخلل إلىٰ المقاصد يتطرق، وأهل العربية يأبَوْن ذلك. اهـ

(٢) لفظ: ممكن: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) أي خيار البلوغ.

(٤) أي قوله: فإن زوَّجهما غير الأب والجد: فلكل واحدٍ منهما الخيار.

(٥) أي يتخير كلٌّ من الصغير أو الصغيرة عند البلوغ.

ثم عندهما : إذا بلغتِ الصغيرةُ، وقد عَلِمَتْ بالنكاح، فسَكَتَتْ : فهو رضاً، وإن لم تَعلَمْ بالنكاح : فلها الخيارُ حتىٰ تَعْلَمَ، فتَسْكُتَ.

ثم خيارُ البِكْرِ يَبطُلُ بالسكوت، ولا يبطلُ خيارُ الغلامِ ما لم يقُلْ : رضيتُ، أو يَجِيءْ منه ما يُعلَمُ أنه رضاً.

وكذلك الجاريةُ إذا دَخَلَ بها الزوجُ قبلَ البلوغ.

قال: (ثم عندهما: إذا بلغتِ الصغيرةُ، وقد عَلِمَتْ بالنكاح، فسكَتَتْ: فهو رضاً، وإن لم تَعلَمْ بالنكاح: فلها الخيارُ حتىٰ تَعْلَمَ، فتَسْكُتَ).

وإنما شَرَطَ العلمَ[1] بأصل النكاح: لأنها لا تتمكَّنُ من التصرُّف إلا به، والوليُّ ينفردُ به، فعُذِرَتْ بالجهل.

ولم يَشترِطِ العلمَ بالخيار؛ لأنها تتفرَّغُ لمعرفة أحكامِ الشرعِ، والدارُ دارُ العلمِ، فلم تُعذَرْ بالجهل.

بخلاف المُعْتَقةِ؛ لأن الأمةَ لا تتفرَّغُ لمعرفتها، فتُعذَرُ بالجهل، بثبوت الخيار.

قال: (ثم خيارُ البكر يَبطُلُ بالسكوت، ولا يبطلُ خيارُ الغلامِ ما لم يقُلْ: رضيتُ، أو يَجِيءْ[2] منه ما يُعلَمُ أنه رضاً.

وكذلك[3] الجاريةُ إذا دَخَلَ بها الزوجُ قبلَ البلوغ)؛ اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداءِ النكاح.

---

(١) أي شَرَطَ العلمَ الإمامُ محمدٌ رحمه الله في الأصل.

(٢) بالجزم، عطفاً علىٰ قوله: ما لم يقل، أي ما لم يجِئْ من الغلام. البناية ٦/ ١٢٠.

(٣) أي لا يبطل خيار الجارية الثيب.

فإن مات أحدُهما قبلَ البلوغ : وَرِثَه الآخَرُ.

وخيارُ البلوغِ في حَقِّ البِكْر لا يَمتدُّ إلىٰ آخِرِ المجلس.

ولا يبطلُ بالقيام في حقِّ الثيِّبِ والغلامِ؛ لأنه ما ثبت بإثبات الزوجِ، بل لتوهُّمِ الخَلَل، وإنما يبطلُ بالرضا، غيرَ أن سكوتَ البكر: رضاً.

بخلاف خيارِ العتق، لأنه ثَبَتَ بإثبات المولىٰ، وهو الإعتاقُ، فيُعتبرُ فيه المجلسُ، كما في خيار المُخيَّرة.

ثم الفُرْقةُ بخيار البلوغ: ليست بطلاقٍ[1]؛ لأنها تصحُّ من الأنثىٰ، ولا طلاقَ إليها.

وكذا بخيار العتق[2]؛ لِمَا بيَّنَّا.

بخلاف خيارِ المُخيَّرةِ؛ لأن الزوجَ هو الذي مَلَّكَها، وهو مالكٌ للطلاق.

قال: (فإن مات أحدُهما قبلَ البلوغ: وَرِثَه الآخَرُ).

وكذا إذا مات بعد البلوغِ قبلَ التفريق؛ لأن أصلَ العقدِ صحيحٌ، والملكُ الثابتُ به قد انتهىٰ بالموت.

بخلاف مباشرةِ الفضوليِّ إذا مات أحدُ الزوجين قبلَ الإجازة؛ لأن النكاحَ ثَمَّةَ موقوفٌ، فيَبطلُ بالموت، وها هنا نافذٌ، فيتقرَّرُ به[3].

---

(١) بل فسخٌ، سواء كان قبل الدخول أو بعده، والفائدة تظهر في شيئين: أحدهما: أنها لو وقعت قبل الدخول: لم يجب نصفُ المسمىٰ، ولو كان طلاقاً: لوجب، والثاني: أنهما لو تناكحا بعد الفُرقة: مَلَكَ الزوجُ ثلاثَ تطليقات. العناية ٣/١٨٠، البناية ٦/١٢١.

(٢) أي ليس بطلاق.

(٣) أي بالموت.

ولا ولايةَ لعبدٍ، ولا صغيرٍ، ولا مجنونٍ، ولا لكافرٍ علىٰ مسلمةٍ.

ولغير العَصَبات من الأقارب ولايةُ التزويجِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال: (ولا ولايةَ لعبدٍ، ولا صغيرٍ، ولا مجنونٍ)؛ لأنه لا ولايةَ لهم علىٰ أنفسهم، فأَوْلىٰ أنْ لا تثبتَ علىٰ غيرهم.

ولأن هذه ولايةٌ نظريةٌ، ولا نظرَ في التفويض إلىٰ هؤلاء.

قال: (ولا) ولايةَ (لكافرٍ علىٰ مسلمةٍ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾. النساء/١٤١.

ولهذا لا تُقبلُ شهادتُه عليه[1]، ولا يتوارثان.

أما الكافر: فتَثبتُ له ولايةُ الإنكاحِ علىٰ ولدِه الكافر؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾. الأنفال/٧٣.

ولهذا تُقبلُ شهادتُه عليه، ويجري بينهما التوارثُ.

قال: (ولغير العَصَبات من الأقارب ولايةُ التزويجِ عند أبي حنيفة رحمه الله)، معناه: عند عدمِ العصبات، وهذا استحسانٌ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا تثبتُ، وهو القياسُ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله.

وقولُ أبي يوسف رحمه الله في ذلك مضطربٌ، والأشهَرُ أنه مع محمدٍ رحمه الله.

لهما: ما رويناه.

---

(١) أي لا تُقبل شهادة الكافر علىٰ المسلم.

ومَن لا وليَّ لها إذا زوَّجها مولاها الذي أعتقها : جاز .

وإذا غاب الوليُّ الأقربُ غَيْبةً منقطعةً : جاز لمَن هو أبعدُ منه أن يزوِّج .

ولأن الولايةَ إنما تثبتُ صَوْناً للقرابة عن نسبةِ غيرِ الكُفءِ إليها، وإلىٰ العصبات: الصيانةُ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الولايةَ نظريةٌ، والنظرُ يَتحقَّقُ بالتفويض إلىٰ مَن هو المختَصُّ بالقرابة الباعثةِ علىٰ الشَّفَقَة.

قال: (ومَن لا وليَّ لها)، يعني من العَصَبَةِ من جهة القرابة، (إذا زوَّجها مولاها الذي أعتقها: جاز)؛ لأنه آخِرُ العصبات.

وإذا عُدِمِ الأولياءُ: فالولايةُ إلىٰ الإمامِ والحاكمِ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «السلطانُ وليُّ مَن لا وليَّ له»[1].

قال: (وإذا غاب الوليُّ الأقربُ غَيْبةً منقطِعةً: جاز لمَن هو أبعدُ منه أن يزوِّج).

وقال زفر رحمهما الله: لا يجوزُ؛ لأن ولايةَ الأقربِ قائمةٌ؛ لأنها ثَبَتَتْ حقاً له؛ صيانةً للقرابة، فلا تبطلُ بغَيْبته.

ولهذا لو زوَّجها حيث هو: جاز.

ولا ولايةَ للأبعد مع ولايته.

---

(١) سنن ابن ماجه (١٨٨٠)، مصنف ابن أبي شيبة (١٥٩٣٣)، وفي سنده كلام، لكن له متابعات، وصححه بعضهم، وينظر الدراية ٢/٦١.

والغَيْبةُ المنقطعةُ : أن يكونَ في بلدٍ لا تَصِلُ إليها القوافِلُ في السَّنَة إلا مرَّةً واحدةً.

ولنا: أن هذه ولايةٌ نظريةٌ، وليس من النظر التفويضُ إلىٰ مَن لا يُنتفَعُ برأيه، ففوَّضناه إلىٰ الأبعد.

وهو مُقدَّمٌ علىٰ السلطان، كما إذا مات الأقربُ.

ولو زوَّجها حيث هو فيه: مَنْعٌ[1].

وبعدَ التسليم[2]: نقولُ: للأبعدِ بُعْدُ القرابة، وقُرْبُ التدبير، وللأقرب عكسُه[3]، فنُزِّلا منزلةَ وَلِيَّيْن متساوِيَيْن، فأيُّهما عَقَدَ: نَفَذَ، ولا يُرَدُّ.

قال: (والغَيْبةُ المنقطعةُ: أن يكونَ في بلدٍ لا تَصِلُ إليها القوافِلُ في السَّنَة إلا مرَّةً واحدةً)؛ وهو اختيارُ القدوري رحمه الله.

وقيل: أدنىٰ مدةِ السفر؛ لأنه لا نهايةَ لأقصاه، وهو اختيارُ بعض المتأخرين[4].

وقيل: إذا كان بحالٍ يفوتُ الكُفْءُ الخاطِبُ باستطلاع رأيِه، وهذا أقربُ إلىٰ الفقه؛ لأنه لا نَظَرَ في إبقاءِ ولايتِه حينئذ.

---

(١) أي لا نسلِّم جواز ذلك، جواباً عن قول زفر رحمه الله. البناية ٦/١٢٦، وضُبط في نُسخ لفظ: منع: بالبناء للمجهول: مُنِعَ، ومعناه: مُنِعَ جوازُه.

(٢) أي بعد أن سلَّمنا ذلك. البناية ٦/١٢٦.

(٣) أي قُرب القرابة، وبُعد التدبير.

(٤) وعليه الفتوىٰ، كما في البناية ٦/١٢٧.

وإذا اجتمع في المجنونةِ أبوها وابنُها : فالوليُّ في نكاحِها : ابنُها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال محمدٌ رحمه الله : أبوها .

قال: (وإذا اجتمع في المجنونةِ أبوها وابنُها: فالوليُّ في نكاحِها[1]: ابنُها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: أبوها)؛ لأنه أوفرُ شفقةً من الابن.

ولهما: أن الابنَ هو المُقَدَّمُ في العُصُوبة، وهذه الولايةُ مبنيةٌ عليها.

ولا معتبرَ بزيادة الشفقة، كأبي الأُمِّ مع بعض العصبات، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: إنكاحها.

فصلٌ في الكفاءة

الكفاءةُ في النكاح مُعْتَبَرةٌ.

وإذا زَوَّجتِ المرأةُ نفسَها من غير كُفْءٍ: فللأولياءِ أن يُفرِّقوا بينهما.

فصلٌ في الكفاءة

قال: (الكفاءةُ في النكاح مُعْتَبَرةٌ[١]).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يُزوِّجُ النساءَ إلا الأولياءُ، ولا يُزَوَّجْنَ إلا من الأكفاءِ»[٢].

ولأن انتظامَ المَصالِحِ: بين المتكافِئَيْن عادةٌ؛ لأن الشريفةَ تأبىٰ أن تكونَ مُسْتَفْرَشَةً للخَسِيْس، فلا بدَّ من اعتبارها.

بخلاف جانِبِه[٣]؛ لأنَّ الزوجَ مُستَفْرِشٌ، فلا تُغِيْظُه دَناءةُ الفراش.

قال: (وإذا زَوَّجتِ المرأةُ نفسَها من غير كُفْءٍ: فللأولياءِ أن يُفرِّقوا بينهما[٤])؛ دفعاً

---

(١) قال في فتح القدير ٣/١٨٧: وعلىٰ اعتبارها: يُشكِلُ قولُ أبي حنيفة في أن للأب أن يزوِّج بنته الصغيرة من غير كفء. اهـ

(٢) سنن الدارقطني (٣٦٠١)، وإسناده واهٍ، فيه: مبشِّر بن عبيد، وهو كذابٌ. الدراية ٢/٦٢، التعريف والإخبار ٣/٢٤.

(٣) أي جانب الزوج. وفي نُسخ: جانبها.

(٤) أي يصح العقد، ولا يلزم، وللأولياء الفسخ إن كان غير كفء، وهذا في ظاهر الرواية، وأما علىٰ رواية الحسن: فلا يصح أصلاً إن كان غير كفء. ينظر ما=

ثم الكفاءةُ تُعتبرُ في: النَّسَب، فقُريشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ، والعربُ بعضُهم أكفاءٌ لبعض.

لضرر العارِ عن أنفسِهم[1].

[الخِصالُ المعتبرةُ في الكفاءة:]

قال: (ثم الكفاءةُ تُعتبرُ في: ١ـ النَّسَب)؛ لأنه يقعُ به التفاخُر.

(فقُريشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ، والعربُ بعضُهم أكفاءٌ لبعض).

والأصلُ فيه: قولُه عليه الصلاة والسلام: «قريشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعض، بطنٌ ببطنٍ، والعربُ بعضُهم أكفاءٌ لبعض، قبيلةٌ بقبيلةٍ، والموالي بعضُهم أكفاءٌ لبعض، رجلٌ برجل»[2].

ولا يُعتبرُ التفاضلُ فيما بين قريش؛ لِمَا روينا.

وعن محمدٍ رحمه الله: كذلك[3]، إلا أن يكون نسباً مشهوراً، كأهل بيتِ الخلافة، كأنه قال: تعظيماً للخلافة، وتسكيناً للفتنة.

تقدم أولَ الكلام عن الأولياء في النكاح.

(١) يعني ما لم تلد منه، فإن ولدت منه: فلا حقَّ للولي في الفسخ، كذا في قاضي خان والخلاصة، وفي مبسوط شيخ الإسلام: له حق الفسخ بعد الولادة. البناية ٦/١٠٠، وينظر ٦/١٣٢، وكأنه في الموضع الثاني يعتمد ترجيح قاضي خان.

(٢) مسند البزار (٢٦٧٧)، وفي إسناده انقطاعٌ، سنن البيهقي (١٣٧٦٩)، وفيه راوٍ لم يسمَّ، وبلفظ: العرب: بدل: قريش، وعزاه في نصب الراية ٣/١٩٧، والدراية ٢/٦٣ للحاكم، ولم أقف عليه في المستدرك، فلعله في كتاب آخر له.

(٣) لفظ: كذلك: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وأما الموالي : فمَن كان له أبوان في الإسلام، فصاعداً : فهو من الأكفاء.

ومَن أسلم بنفسِه، أو له أبٌ واحدٌ في الإسلام : لا يكون كُفُؤاً لمَن له أبوان في الإسلام.

وبنو باهِلَة: ليسوا بأكفاءٍ لعامة العرب؛ لأنهم معروفون بالخَسَاسة[1].

قال: (وأما الموالي: فمَن كان له أبوان في الإسلام، فصاعداً: فهو من الأكفاء)، يعني لمَن كان له آباءٌ فيه[2].

قال: (ومَن أسلم بنفسِه، أو له أبٌ واحدٌ في الإسلام: لا يكون كُفُؤاً لمَن له أبوان في الإسلام)؛ لأن تمامَ النسبِ بالأب والجَدِّ.

وأبو يوسف رحمه الله: أَلْحَقَ الواحدَ بالمَثْنىٰ، كما هو مذهبُه في التعريف[3].

---

(١) ومن دناءتهم: أنهم كانوا يأكلون بقية العِظَام مرةً ثانية، ويطبخون عظام الميتة، ونحو هذا. ينظر البناية ٦/ ١٣٥.

لكن اعتَرَضَ علىٰ هذا الإمامُ سعدي جلبي في حاشيته علىٰ الهداية، ونقل عن ابن الهمام في فتح القدير ٣/ ١٩٠ قولَه: ولا يخلو من نظر، فإن النص لم يفصل، مع أنه صلىٰ الله عليه وسلم كان أعلمَ بقبائل العرب وأخلاقهم، وقد أطلق، وليس كل باهليٍّ كذلك، بل فيهم الأجواد، وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك: لا يسري في حق الكل. اهـ

(٢) أي في الإسلام.

(٣) أي تعريف الشخص في الشهادة.

ومَن أسلم بنفسه : لا يكون كُفُؤاً لمَن له أبٌ واحدٌ في الإسلام.

وفي : الحرية، نظيرُها في الإسلام في جميع ما ذَكَرْنا.

وتُعتبرُ أيضاً في : الدِّين، وفي : المال، وهو أن يكون مالكاً للمهر، والنفقة.

قال: (ومَن أسلم بنفسه: لا يكون كُفُؤاً لمَن له أبٌ واحدٌ في الإسلام)؛ لأن التفاخرَ فيما بين الموالي بالإسلام.

قال: (و) الكفاءةُ (في: ٢ـ الحرية، نظيرُها في الإسلام في جميع ما ذَكَرْنا[1])؛ لأن الرِّقَّ أثرُ الكفر، وفيه معنىٰ الذُّلِّ، فيُعتَبرُ في حُكْمِ الكفاءة.

قال: (وتُعتبرُ أيضاً في: ٣ـ الدِّين)، أي في الدِّيانة.

وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، هو الصحيحُ؛ لأنه مِن أعلىٰ المفاخرِ، والمرأةُ تُعيَّر بفِسْقِ الزوجِ فوقَ ما تُعيَّر بضَعَةِ نَسَبِه.

وقال محمدُ رحمه الله: لا يُعتبر[2]؛ لأنه من أمورِ الآخرة، فلا تُبتَنىٰ أحكامُ الدنيا عليه، إلا إذا كان يُصفَعُ، ويُسْخَرُ منه، أو يَخرُجُ إلىٰ الأسواق سكرانَ، ويَلعَبُ به الصبيانُ؛ لأنه مُسْتَخَفٌّ به.

قال: (و) تُعتبرُ (في: ٤ـ المال، وهو أن يكون مالكاً للمهر، والنفقة).

وهذا هو المعتبرُ، في ظاهر الرواية، حتىٰ إنَّ مَن لا يَملِكُهما، أوْ لا

---

(١) من الوِفاق والخلاف، يعني الكفاءةُ في الحرية معتبرةٌ بإجماع الفقهاء. البناية ١٣٦/٦.

(٢) أي الدِّين.

فأما الكفاءة في الغِنىٰ : فمعتبرةٌ في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا تُعتبرُ.

وفي : الصَّنائع.

يملكُ أحدَهما: لا يكون كُفُؤاً؛ لأن المهرَ بدلُ البُضْع، فلا بدَّ من إيفائه، وبالنفقة: قَوامُ الازدواجِ، ودوامُه.

والمرادُ بالمهر: قَدْرُ ما تعارفوا تعجيلَه؛ لأن ما وراءَه: مؤجَّلٌ عُرْفاً.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه اعتبر القدرةَ علىٰ النفقة، دونَ المهر؛ لأنه تجري المساهلةُ في المهور، ويُعَدُّ المرءُ قادراً عليه بيَسار أبيه.

قال: (فأما الكفاءة في الغِنىٰ: فمعتبرةٌ في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)، حتىٰ إن الفائقةَ في اليسار: لا يكافئها القادرُ علىٰ المهر والنفقة؛ لأن الناسَ يتفاخرون بالغِنَىٰ، ويتعيَّرون بالفقر.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تُعتبرُ)؛ لأنه لا ثباتَ له، إذِ المالُ غادٍ ورائحٌ.

قال: (و) تُعتبرُ (في: ٥ـ الصَّنائع)، وهذا عند أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله.

وعن أبي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا تُعتبرُ إلا أن تُفحَشَ، كالحَجَّام، والحائك، والدبَّاغ.

وجهُ الاعتبار: أن الناسَ يتفاخرون بشَرَفِ الحِرَف، ويتعيَّرون بدناءتها.

وإذا تزوَّجتِ المرأةُ، ونَقَصَتْ عن مهرِ مِثْلِها: فللأولياءِ الاعتراضُ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، حتىٰ يُتِمَّ لها مهرَ مثلِها، أو يفارِقَها.

وجهُ القولِ الآخَر: أن الحِرْفةَ ليست بلازمةٍ، ويُمكِنُ التحوُّلُ عن الخسيسة إلىٰ النفيسةِ منها.

قال: (وإذا تزوَّجتِ المرأةُ، ونَقَصَتْ عن[1] مهرِ مِثْلِها: فللأولياءِ الاعتراضُ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، حتىٰ يُتِمَّ لها مهرَ مثلِها، أو يفارِقَها).

وقالا: ليس لهم ذلك.

وهذا الوضعُ إنما يَصِحُّ علىٰ قول محمدٍ رحمه الله، علىٰ اعتبار قولِه المرجوعِ إليه في النكاح بغير الولي، وقد صحَّ ذلك[2]، وهذه شهادةٌ صادقةٌ عليه[3].

لهما: أن ما زاد علىٰ العشرة حقُّها، ومَن أسقط حقَّه: لا يُعترَضُ عليه، كما بعد التسمية[4].

---

(١) وفي نُسخ: من.

(٢) أي الرجوع.

(٣) أي هذه المسألة شهادةٌ صادقةٌ علىٰ رجوع الإمام محمد رحمه الله إلىٰ قولهما في النكاح بغير ولي، فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي: لم يقل: ليس لهم الاعتراض. البناية ٦/١٤١، وينظر رجوع محمد: الهداية، أول باب الأولياء والأكفاء.

(٤) أي كما لو أبرأتْ زوجَها من المهر بعد تسمية المهر: ليس للولي الاعتراض، لأنه بدل بُضعها، فلها التصرف فيه كيف شاءت.

وإذا زوَّج الأبُ ابنتَه الصغيرةَ، ونَقَصَ من مهرِها، أو ابنَه الصغيرَ، وزاد في مهرِ امرأتِه: جاز ذلك عليهما.

ولا يجوزُ ذلك الحَطُّ لغير الأبِ والجَدِّ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوزُ الحَطُّ والزيادةُ إلا بما يَتغابَنُ الناسُ فيه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الأولياءَ يفتخِرون بغَلاء المهر، ويتعيَّرون[1] بنقصانه، فأشبه الكفاءةَ.

بخلافِ الإبراء بعد التسمية؛ لأنه لا يُتعيَّر[2] به.

قال: (وإذا زوَّج الأبُ ابنتَه الصغيرةَ، ونَقَصَ من مهرِها، أو ابنه الصغيرَ، وزاد في مهرِ امرأتِه: جاز ذلك عليهما.

ولا يجوزُ ذلك الحَطُّ لغير الأبِ والجَدِّ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوزُ الحَطُّ والزيادةُ إلا بما يَتغابَنُ الناسُ فيه).

ومعنىٰ هذا الكلام: أنه لا يجوزُ العقدُ عندهما؛ لأن الولايةَ مقيَّدةٌ بشرط النظر، فعند فواتِه: يبطلُ العقدُ.

وهذا لأن الحطَّ عن مهرِ المثل: ليس من النظرِ في شيءٍ، كما في البيع، ولهذا لا يَملكُ ذلك غيرُهما.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الحكمَ يُدارُ علىٰ دليلِ النظر، وهو قُرْبُ القرابة، وفي النكاحِ مقاصدُ تربو علىٰ المهر.

---

(١) أي بأنفسهم، وفي نُسخ: يُعيَّرون. ويكون معناه: من غيرهم.

(٢) وفي نُسخ: لا يُعيَّر، وفي نسخ أخرىٰ: لا يُعيَّرون.

ومَن زوَّج ابنتَه وهي صغيرةٌ عبداً، أو زوَّج ابنَه وهو صغيرٌ أَمَةً: فهو جائزٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أيضاً.

أما الماليةُ فهي المقصودةُ في التصرُّف الماليِّ، والدليلُ عَدِمناه في حقِّ غيرهما.

قال: (ومَن زوَّج ابنتَه وهي صغيرةٌ عبداً، أو زوَّج ابنَه وهو صغيرٌ أَمَةً: فهو جائزٌ).

قال رضي الله عنه: (وهذا[1] عند أبي حنيفة رحمه الله أيضاً)؛ لأن الإعراضَ عن الكفاءة: لمصلحةٍ تفوقُها.

وعندهما: هو ضَرَرٌ ظاهرٌ؛ لعدم الكفاءة، فلا يجوزُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي هذا الجواز.

فصلٌ

في الوكالة بالنكاح، وغيرِها

ويجوزُ لابنِ العَمِّ أن يُزوِّجَ بنتَ عمِّه من نفسه.

وإذا أَذِنَتِ المرأةُ لرجلٍ أن يُزوِّجها من نفسِه، فعَقَدَ بحضرة شاهدَيْن: جاز.

فصلٌ

في الوكالة بالنكاح، وغيرِها[1]

قال: (ويجوزُ لابنِ العَمِّ أن يُزوِّجَ بنتَ عمِّه من نفسه).

وقال زفرُ رحمه الله: لا يجوز.

قال: (وإذا أَذِنَتِ المرأةُ لرجلٍ أن يُزوِّجها من نفسِه، فعَقَدَ بحضرة شاهدَيْن: جاز).

وقال زفر والشافعي[2] رحمهما الله: لا يجوز.

لهما: أن الواحدَ لا يُتصوَّرُ أنْ يكونَ مُمَلِّكاً ومتملِّكاً، كما في البيع، إلا أن الشافعيَّ رحمه الله يقولُ: في الوليِّ ضرورةٌ؛ لأنه لا يتولَّاه سواه، ولا ضرورةَ في حَقِّ الوكيل.

---

(١) من أحكام الولي والفضولي.

(٢) البيان للعمراني ٩/١٥٢.

وتزويجُ العبدِ والأمةِ بغير إذنِ مولاهما: موقوفٌ، فإنْ أجازه المولىٰ: جاز، وإن ردَّه: بَطَلَ.

وكذلك لو زَوَّجَ رجلٌ امرأةً بغير رضاها، أو رجلاً بغير رضاه.

ولنا: أن الوكيلَ في النكاح مُعبِّرٌ وسفيرٌ، والتمانعُ[١] في الحقوق، دون التعبير[٢]، ولا ترجعُ الحقوقُ إليه[٣].

بخلاف البيع؛ لأنه مباشِرٌ، حتىٰ رَجَعَتِ الحقوقُ إليه.

وإذا تولَّىٰ طرفَيْه، فقولُه: زوَّجْتُ: يتضمَّنُ الشطرَيْن، فلا يُحتاجُ إلىٰ القبول.

قال: (وتزويجُ العبدِ والأمةِ بغير إذنِ مولاهما: موقوفٌ، فإنْ أجازه المولىٰ: جاز، وإن ردَّه: بَطَلَ.

وكذلك لو زَوَّجَ رجلٌ امرأةً بغير رضاها، أو رجلاً بغير رضاه).

وهذا عندنا، فإن كلَّ عقدٍ صَدَرَ من الفضوليِّ، وله مُجيزٌ: انعقد موقوفاً علىٰ الإجازة.

وقال الشافعيُّ[٤] رحمه الله: تصرُّفاتُ الفضوليِّ كلُّها باطلةٌ؛ لأن العقدَ وُضِع لحُكْمه، والفضوليُّ لا يَقدِرُ علىٰ إثباتِ الحكم، فيلغو.

---

(١) أي التنافي في الحقوق، وهو كونه مطالِباً ومطالَباً.

(٢) أي الولي يصلح أن يكون معبِّراً بين اثنين.

(٣) أي إلىٰ الوكيل؛ لأنه معبِّرٌ، لا مباشِرٌ.

(٤) العزيز ١١/٥٨.

ومَن قال: اشْهَدوا أني قد تزوَّجتُ فلانةً، فبَلَغَها الخبرُ، فأجازتْ: فهو باطلٌ.

وإن قال آخَرُ: اشْهَدوا أني قد زوَّجتُها منه، فبَلَغَها الخبرُ، فأجازت: جاز.

وكذلك إنْ كانتِ المرأةُ هي التي قالت جميعَ ذلك

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا زوَّجتْ نفسَها غائباً، فبَلَغَه، فأجازه: جاز.

ولنا: أن ركنَ التصرُّف[1] صَدَرَ من أهله، مضافاً إلىٰ مَحَلِّه[2]، ولا ضررَ في انعقاده، فينعقدُ موقوفاً، حتىٰ إذا رأىٰ المصلحةَ فيه: يُنَفِّذُه.

وقد يتراخىٰ حكمُ العقد عن العقد.

قال: (ومَن قال: اشْهَدوا أني قد تزوَّجتُ فلانةً، فبَلَغَها الخبرُ، فأجازتْ: فهو باطلٌ.

وإن قال آخَرُ: اشْهَدوا أني قد زوَّجتُها منه، فبَلَغَها الخبرُ، فأجازت: جاز.

وكذلك إنْ كانتِ المرأةُ هي التي قالت جميعَ ذلك)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا زوَّجتْ نفسَها غائباً، فبَلَغَه، فأجازه: جاز).

وحاصلُ هذا الخلاف: أن الواحدَ لا يصلُحُ فضولياً من الجانبَيْن، أو فضولياً من جانبٍ، أصيلاً من جانبٍ عندهما، خلافاً له.

---

(١) وهو الإيجاب والقبول. البنية ٦/١٤٧.

(٢) وهو الأنثىٰ من بنات آدم، ليست بمحرَّمةٍ، ولا معتدةٍ، ولا مشركةٍ، ولا زائدة علىٰ العدد المنصوص. البناية ٦/١٤٧.

ومَن أَمَرَ رجلاً أن يُزوِّجه امرأةً، فزوَّجه اثنتين في عُقدةٍ واحدةٍ: لم تلزَمْه واحدةٌ منهما.

ولو جرىٰ العقدُ بين الفضوليَّيْن، أو بين الفضوليِّ والأصيل: جاز، بالإجماع.

هو يقول[1]: لو كان مأموراً من الجانبَيْن: يَنفُذُ، فإذا كان فضولياً: يتوقَّف، وصار كالخلع، والطلاقِ، والإعتاقِ علىٰ مال.

ولهما: أن الموجودَ شَطْرُ العقد؛ لأنه شَطْرٌ: حالةَ الحَضْرة، فكذا عند الغَيْبة، وشَطْرُ العقدِ: لا يتوقفُ علىٰ ما وراء المجلس، كما في البيع.

بخلاف المأمورِ من الجانبين، لأنه ينتقلُ كلامُه إلىٰ العاقدَيْن.

وما جرىٰ بين الفضوليين: عقدٌ تامٌّ.

وكذا الخلع، وأختاه[2]؛ لأنه تصرُّفُ يمينٍ من جانبه[3]، حتىٰ يَلزمُ، فيَتِمُّ به[4].

قال: (ومَن أَمَرَ رجلاً أن يُزوِّجه امرأةً، فزوَّجه اثنتين في عُقدةٍ واحدةٍ: لم تلزَمْه واحدةٌ منهما)؛ لأنه لا وَجْهَ إلىٰ تنفيذِهما؛ للمخالفة، ولا إلىٰ التنفيذ في إحداهما غيرَ عَيْنٍ؛ للجهالة، ولا إلىٰ التعيين؛ لعدم الأَوْلوية، فتعيَّن التفريقُ.

---

(١) أي الإمام أبو يوسف رحمه الله.

(٢) أي الطلاق علىٰ مال، والإعتاق عليه.

(٣) أي من جانب الزوج.

(٤) أي بالحالف.

ومَن أَمَرَه أميرٌ بأن يُزوِّجَه امرأةً، فزوَّجه أَمَةً لغيره: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوزُ إلا أنْ يُزوِّجه كُفُؤاً.

قال: (ومَن أَمَرَه أميرٌ بأن يُزوِّجَه امرأةً، فزوَّجه أَمَةً لغيره: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ رجوعاً[1] إلىٰ إطلاق اللفظ، وعدمِ التهمة.

(وقالا: لا يجوزُ إلا أنْ يُزوِّجه كُفُؤاً)؛ لأن المُطلَقَ ينصرفُ إلىٰ المتعارَف، وهو التزوُّج بالأكفاء.

قلنا: العُرفُ مشترَكٌ، أو هو عُرْفٌ عمليٌّ، فلا يَصلحُ مقيِّداً[2].

وذَكَرَ في الوكالة[3]: أن اعتبارَ الكفاءةِ في هذا استحسانٌ عندهما؛ لأن كلَّ أحدٍ[4] لا يَعجزُ عن التزوُّجِ بمطلَقِ الزوج، فكانتِ الاستعانةُ في التزوج بالكُفْءِ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: نظراً.

(٢) للإطلاق.

(٣) أي ذكر الإمام محمد رحمه الله في الوكالة من كتابه «الأصل».

(٤) وفي نُسخ: واحد.

باب المهر

ويصحُّ النكاحُ وإن لم يُسَمِّ فيه مهراً، وأقلُّ المهرِ : عشرةُ دراهم.

باب المهر

قال: (ويصحُّ النكاحُ وإن لم يُسَمِّ فيه مهراً)؛ لأن النكاحَ عقدُ انضمامٍ وازدواجٍ، لغةً، فيَتِمُّ بالزوجين.

ثم المهرُ واجبٌ[١] شرعاً؛ إبانةً لشرف المَحَلِّ، فلا يُحتاجُ إلىٰ ذِكْره لصحة النكاح.

وكذا إذا تزوَّجها بشرطِ أن لا مهرَ لها؛ لِمَا بيَّنَّا.

وفيه خلافُ مالك[٢] رحمه الله.

قال: (وأقلُّ المهرِ: عشرةُ دراهم).

وقال الشافعي[٣] رحمه الله: ما يجوزُ أن يكون ثمناً في البيع وإن قَلَّ[٤]: يجوزُ أن يكون مهراً لها؛ لأنه حقُّها، فيكون التقديرُ إليها.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «ولا مهرَ أقلَّ من عشرة دراهم»[٥].

---

(١) أي فرضٌ شرعي.

(٢) حيث لا يجوِّزه بدون مهر. التلقين ص٨٤.

(٣) كفاية الأخيار ١١٧/٢، وعندهم تفصيلٌ في ذلك.

(٤) قوله: وإن قلَّ: مثبتٌ في النسخة السلطانية بتاريخ ٧٩٧هـ.

(٥) سنن الدارقطني ٢٤٥/٣، وقال: «مبشر بن عبيد: متروك الحديث». اهـ، سنن البيهقي ١٣٣/٧ وقال: حديثٌ ضعيفٌ بمرَّة. اهـ، وينظر نصب الراية ١٩٦/٣.=

ولو سَمَّىٰ أقلَّ من عشرةٍ: فلها العشرةُ.

ومَن سمَّىٰ مهراً عشرةً، فما زاد: فعليه المسمَّىٰ إن دَخَلَ بها، أو مات عنها.

ولأنه حَقُّ الشرع وجوباً؛ إظهاراً لشرف المَحَلِّ، فيُقدَّر بما لَه خَطَرٌ[1]، وهو العشرةُ؛ استدلالاً بنصاب السرقة.

قال: (ولو سَمَّىٰ أقلَّ من عشرةٍ: فلها العشرةُ)، عندنا.

وقال زفر رحمه الله: لها مهرُ المثل؛ لأن تسميةَ ما لا يَصلحُ مهراً: كانعدامه.

ولنا: أن فسادَ هذه التسمية: لحَقِّ الشرع، وقد صار مَقْضِيًّا بالعشرة.

فأما ما يرجعُ إلىٰ حَقِّها: فقد رَضِيَتْ بالعشرة؛ لرضاها بما دونَها.

ولا معتبرَ بعدم التسمية؛ لأنها قد ترضىٰ بالتمليك من غير عوضٍ؛ تكرُّماً، ولا ترضىٰ فيه بالعوض اليسير.

ولو طلَّقها قبلَ الدخول بها: تجب خمسةٌ عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالىٰ، وعنده[2] تجب المتعةُ، كما إذا لم يُسَمِّ شيئاً.

قال: (ومَن سمَّىٰ مهراً عشرةً، فما زاد: فعليه المسمَّىٰ إن دَخَلَ بها، أو مات عنها)؛ لأنه بالدخول يتحقَّقُ تسليمُ المبدَل، وبه يتأكَّدُ البدلُ،

لكن ابن الهمام في فتح القدير ١٨٥/٣ بعد أن ذكر ضعف الحديث قال: لكنه حجة بالتظافر والشواهد. اهـ، وذكر ابن الهمام في ١٨٦/٣ سنداً آخر للحديث، ونقل عن الحافظ ابن حجر أنه بهذا الإسناد حسن، ولا أقل منه.

(١) أي بما هو خطيرٌ عظيمٌ.

(٢) أي عند الإمام زفر رحمه الله.

وإن طلَّقها قبلَ الدخول بها، والخَلوةِ: فلها نصفُ المسمَّىٰ.

وإن تزوَّجها، ولم يُسَمِّ لها مهراً، أو تزوَّجها علىٰ أن لا مهرَ لها: فلها مهرُ مثلِها إن دَخَلَ بها، أو مات عنها.

وبالموت ينتهي النكاحُ نهايتَه، والشيءُ بانتهائه يتقرَّر ويتأكَّد، فيتقرُر بجميع مَواجبِه[1].

قال: (وإن طلَّقها قبلَ الدخول بها، والخَلوةِ: فلها نصفُ المسمَّىٰ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾. الآية. البقرة/٢٣٧.

والأقيسةُ متعارِضةٌ، ففيه: تفويتُ الزوجِ الملكَ علىٰ نفسِه باختياره.

وفيه: عَوْدُ المعقودِ عليه إليها سالماً، فكان المرجعُ فيه النصَّ.

وشَرَطَ[2] أن يكونَ قبلَ الخَلْوة: لأنها كالدخول عندنا، علىٰ ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن تزوَّجها، ولم يُسَمِّ لها مهراً، أو تزوَّجها علىٰ أن لا مهرَ لها: فلها مهرُ مثلِها إن دَخَلَ بها، أو مات عنها).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا يجبُ شيءٌ في الموت[4].

---

(١) مثل الإرث والعدة والمهر والنسب.

(٢) أي الإمام القدوري رحمه الله.

(٣) كفاية الأخيار ٢/١١٠.

(٤) أي قبل الدخول. البناية ٦/١٦٧.

ولو طلَّقها قبلَ الدخول بها : فلها المُتْعةُ.

والمتعةُ : ثلاثةُ أثوابٍ من كِسوة مثلِها، وهي دِرْعٌ، وخِمارٌ، ومِلْحَفةٌ.

وأكثرُهم[١] : علىٰ أنه يجبُ في الدخول[٢].

له: أن المهرَ خالصُ حَقِّها، فتتمكَّنُ من نفيه ابتداءً، كما تتمكَّنُ من إسقاطِه انتهاءً[٣].

ولنا: أن المهرَ وجوباً[٤] حَقُّ الشرع، علىٰ ما مرَّ، وإنما يصيرُ حقَّها في حالةِ البقاء، فتَملِكُ الإبراءَ، دون النفي.

قال: (ولو طلَّقها قبلَ الدخول بها: فلها المُتْعةُ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾. الآية. البقرة/٢٣٦.

ثم هذه المتعةُ واجبةٌ؛ رجوعاً إلىٰ الأمر[٥].

وفيه خلاف مالك[٦] رحمه الله.

قال: (والمتعةُ: ثلاثةُ أثوابٍ من كِسوة مثلِها، وهي دِرْعٌ، وخِمارٌ، ومِلْحَفةٌ).

---

(١) أي وأكثر أصحاب الشافعي. البناية ٦/١٦٧.

(٢) كمذهبنا.

(٣) أي في انتهاء العقد.

(٤) أي ابتداءً.

(٥) الوارد في الآية.

(٦) فإن عنده مستحبة.

وإن تزوَّجها ولم يُسَمِّ لها مهراً، ثم تراضيا علىٰ تسميةٍ: فهي لها إن دخل بها، أو مات عنها.

وإن طلَّقها قبلَ الدخولِ بها: فلها المُتْعة.

وهذا التقديرُ مَرْوِيٌّ عن عائشة رضي الله عنها، وابنِ عباسٍ رضي الله عنهما(١).

وقولُه: من كسوةِ مثلِها: إشارةٌ إلىٰ أنه يُعتبرُ حالُها، وهو قولُ الكرخيِّ رحمه الله في المتعةِ الواجبة؛ لقيامِها مَقامَ مهرِ المثل.

والصحيحُ أنه يُعتبرُ حالُه؛ عملاً بالنصِّ، وهو قولُه تعالىٰ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾. البقرة/٢٣٦.

ثم هي لا تُزادُ علىٰ نصفِ مهرِ مثلِها، ولا تُنقَصُ عن خمسةِ دراهمَ، ويُعرَف ذلك في «الأصل»(٢).

قال: (وإن تزوَّجها ولم يُسَمِّ لها مهراً، ثم تراضيا علىٰ تسميةٍ(٣): فهي لها إن دخل بها، أو مات عنها.

وإن طلَّقها قبلَ الدخولِ بها: فلها المُتْعة).

وعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله الأولِ: نصفُ هذا المفروضِ، وهو

---

(١) قال في الدراية ٦٣/٢: أما حديث ابن عباس رضي الله عنهما: فأخرجه البيهقي ٢٤٤/٧، وأما حديث عائشة: فلم أجده.

(٢) للإمام محمد ٤٣٥/٤، وينظر البناية ١٧١/٦.

(٣) وفي نُسخ: تسميته.

فإن زادَها في المهرِ بعدَ العقد : لزِمَتْه الزيادةُ، و تسقطُ بالطلاق قبلَ الدخول.

قولُ الشافعي[(١)] رحمه الله؛ لأنه مفروضٌ، فيتنصَّفُ بالنص[(٢)].

ولنا: أن هذا الفرضَ تعيينٌ للواجب بالعقد، وهو مهرُ المثل، وذلك لا يتنصَّفُ، فكذا ما نُزِّل منزلتَه.

والمرادُ بما تلا[(٣)]: الفرضُ في العقد، إذ هو الفرضُ المتعارَف.

قال: (فإن زادَها في المهرِ بعدَ العقد: لزِمَتْه الزيادةُ).

خلافاً لزفر رحمه الله، وسنذكره في زيادة الثمن والمُثمَن[(٤)] إن شاء الله تعالىٰ.

(و) إذا صحَّت الزيادةُ: (تسقطُ بالطلاق قبلَ الدخول).

وعلىٰ قولِ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً: تتنصَّفُ مع الأصل؛ لأن التنصيفَ[(٥)] عندهما[(٦)] يختصُّ بالمفروض في العقد.

---

(١) كفاية الأخيار ٢/١١٣.

(٢) وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾. البقرة/٢٣٧.

(٣) أي الإمام أبو يوسف، وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾. البقرة/٢٣٧.

(٤) بعد باب المرابحة والتولية.

(٥) هكذا: التنصيف: في طبعات الهداية، وفي النُّسخ الخطية: التنصُّف.

(٦) أي عند الإمام أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وإن حَطَّتْ عنه من مهرِها : صحَّ الحَطُّ.

وإذا خلا الزوجُ بامرأته، وليسَ هناك مانعٌ من الوطء، ثم طلَّقها : فلها كمالُ مهرِها.

وإن كان أحدُهما مريضاً، أو صائماً في رمضان، أو مُحْرِماً بحَجٍّ فرضٍ أو نفلٍ، أو بعمرةٍ، أو كانت حائضاً : فليست الخَلوةُ صحيحةً، . . .

وعنده[1]: المفروضُ بعدَه[2]: كالمفروضِ فيه، على ما مرَّ.

قال: (وإن حَطَّتْ عنه من مهرِها: صحَّ الحَطُّ)؛ لأن المهرَ بقاءُ حقِّها، والحطُّ يلاقِيْه حالةَ البقاء.

قال: (وإذا خلا الزوجُ بامرأته، وليسَ هناك مانعٌ من الوطء، ثم طلَّقها: فلها كمالُ مهرِها).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لها نصفُ المهر؛ لأنَّ المعقودَ عليه إنما يصيرُ مستوفىً بالوطء، فلا يتأكَّدُ المهرُ بدونه.

ولنا: أنها سلَّمَتِ المُبدَلَ حيثُ رَفَعَتِ الموانعَ، وذلك وُسْعُها، فيتأكَّدُ حقُّها في البدل؛ اعتباراً بالبيع.

قال: (وإن كان أحدُهما مريضاً، أو صائماً في رمضان، أو مُحْرِماً بحَجٍّ فرضٍ أو نفلٍ، أو بعمرةٍ، أو كانت حائضاً: فليست الخَلوةُ صحيحةً،

---

(١) أي أبي يوسف رحمه الله.

(٢) أي بعد العقد.

(٣) الحاوي الكبير ٩/ ٥٤٠.

حتىٰ لو طلَّقها : كان لها نصفُ المهر .

وإن كان أحدُهما صائماً تطوعاً : فلها المهرُ كلُّه .

حتىٰ لو طلَّقها: كان لها نصفُ المهر)؛ لأن هذه الأشياءَ موانعُ.

أما المرض: فالمرادُ منه: ما يَمنعُ الجِماعَ، أو يَلحقُه به ضررٌ.

وقيل: مرضُه لا يَعْرَىٰ عن نوع تَكَسُّرٍ، وفُتُور[1].

وهذا التفصيلُ[2] في مرضِها.

وصومُ رمضان: لِمَا يلزمُه من القضاء والكفارة.

والإحرامُ: لِمَا يلزمُه من الدم، وفسادِ النُّسُك، والقضاءِ.

والحيضُ: مانعٌ طبعاً[3]، وشرعاً.

قال: (وإن كان أحدُهما صائماً تطوعاً: فلها المهرُ كلُّه)؛ لأنه يُباحُ له الإفطارُ من غيرِ عُذْرٍ في رواية «المنتقىٰ»[4].

وهذا القولُ في المهر: هو الصحيحُ.

---

(١) التكسُّر: في الأعضاء، والفتور: في الذَّكَر، والمراد: أن الأصح أنه لا يُفصَّلُ في مرضه، فكل مرضٍ من جانبه: يمنع صحة الخلوة؛ لأن جِماع الرجل: يوجب التكسر والفتور، لا محالة. البناية ٦/١٧٧.

(٢) أي إن كان يلحقه ضررٌ: فالخلوة غير صحيحة، وإن كان لا يلحقه ضررٌ: فالخلوة صحيحةٌ.

(٣) لأن الطباع السليمة تنفر من جماع الحُيَّض.

(٤) أي الصحيح هو الأخذ برواية «المنتقىٰ» في حق كمال المهر؛ دفعاً للضرر عنها، أما في حق جواز الإفطار: فالصحيح غير رواية «المنتقىٰ»، وهو أنه لا يباح الإفطار من غير عذر. البناية ٦/١٧٨.

وإذا خلا المَجبوبُ بامرأته، ثم طلَّقها: فلها كمالُ المهرِ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: عليه نصفُ المهر.

وعليها العِدَّةُ في جميع هذه المسائل، احتياطاً؛ استحساناً.

وصومُ القضاء، والمنذورِ: كالتطوع، في روايةٍ[1]؛ لأنه لا كفارةَ فيه.

والصلاةُ: بمنزلة الصوم، فرضُها: كفرضِه، ونفلُها: كنَفْلِه.

قال: (وإذا خلا المَجبوبُ[2] بامرأته، ثم طلَّقها: فلها كمالُ المهرِ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: عليه نصفُ المهر)؛ لأنه أَعْجَزُ من المريض.

بخلاف العِنِّين؛ لأن الحكمَ أُدِيْرَ علىٰ سلامةِ الآلة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المستَحَقَّ عليها التسليمُ في حَقِّ السَّحْقِ[3]، وقد أَتَتْ به.

قال: (وعليها العِدَّةُ في جميع هذه المسائل، احتياطاً؛ استحساناً)؛ لتوهُّم الشَّغْل.

والعِدَّةُ حقُّ الشرع، والولدِ، فلا يُصدَّقُ في إبطال حقِّ الغير.

بخلاف المهر؛ لأنه مالٌ لا يُحتاطُ في إيجابه.

---

(١) يعني لا يمنع الخلوة، وفي هذه المسألة روايتان بالقطع. البناية ٦/١٧٨.

(٢) وهو الذي استؤصل ذَكَرُه وخصيتاه.

(٣) أي المِسَاس.

وتُستحبُّ المُتعةُ لكلِّ مطلَّقةٍ، إلا لمطلَّقةٍ واحدةٍ، وهي التي طلَّقها الزوجُ قبلَ الدخول بها، وقد سمَّىٰ لها مهراً.

وذَكَرَ القدوريُّ رحمه الله في شَرْحِه[1]: أن المانعَ إن كان شرعياً، كالصوم والحيض[2]: تجبُ العدةُ؛ لثبوت التمكُّن حقيقةً.

وإن كان حقيقياً، كالمرض والصِّغَر: لا تجبُ؛ لانعدام التمكُّنِ حقيقةً.

قال: (وتُستحبُّ المُتعةُ لكلِّ مطلَّقةٍ، إلا لمطلَّقةٍ واحدةٍ[3]، وهي التي طلَّقها الزوجُ قبلَ الدخول بها، وقد سمَّىٰ لها مهراً).

وقال الشافعي[4] رحمه الله: تجبُ لكلِّ مطلَّقةٍ، إلا لهذه؛ لأنها وجبتْ صلةً من الزوج؛ لأنه أوحشها بالفِراق.

إلا أنَّ في هذه الصورة: نصفَ المهر، طريقُه المتعةُ؛ لأن الطلاقَ فسخٌ في هذه الحالة، والمتعةُ لا تتكرَّر.

ولنا: أن المتعةَ خَلَفٌ عن مهرِ المثل في المُفَوِّضة؛ لأنه سقط مهرُ المثل، ووجبتِ المتعةُ، والعقدُ يوجِبُ العِوَضَ، فكان خَلَفاً، والخَلَفُ لا يُجامِعُ الأصلَ، ولا شيئاً منه، فلا تجبُ مع وجوب شيءٍ من المهر.

وهو غيرُ جانٍ في الإيحاش، فلا تَلحَقُه الغَرامةُ به، فكان من باب الفضل.

---

(١) أي في شرحه لمختصر الكرخي. البناية ٦/١٨٠.

(٢) قوله: كالصوم والحيض: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٣) فالمتعة لها واجبةٌ.

(٤) أسنىٰ المطالب ٣/٢١٩.

وإذا زوَّج الرجلُ ابنتَه أو أختَه علىٰ أن يُزوِّجَه الزوجُ ابنتَه أو أختَه؛ ليكون أحدُ العقدَيْن عوضاً عن الآخَر: فالعقدان جائزان، ولكلٍّ واحدةٍ منهما مهرُ مثلِها.

وإن تزوَّجَ حرٌّ امرأةً علىٰ خدمتِه إياها سَنَةً، أو علىٰ تعليمِ القرآن: جاز، ولها مهرُ مثلِها.

قال: (وإذا زوَّج الرجلُ ابنتَه أو أختَه علىٰ أن يُزوِّجَه الزوجُ ابنتَه أو أختَه؛ ليكون أحدُ العقدَيْن عوضاً عن الآخَر: فالعقدان جائزان[١]، ولكلٍّ واحدةٍ منهما مهرُ مثلِها).

وقال الشافِعيُّ[٢] رحمه الله: بَطَلَ العقدان؛ لأنه[٣] جَعَلَ نصفَ البُضْع صَداقاً، والنصفَ منكوحةً[٤]، ولا اشتراكَ في هذا الباب، فبَطَلَ الإيجاب.

ولنا: أنه سمَّىٰ ما لا يَصلُحُ صَدَاقاً، فيصحُّ العقدُ، ويجبُ مهرُ المثل، كما إذا سمَّىٰ الخمرَ والخنزيرَ.

ولا شركةَ بدون الاستحقاق.

قال: (وإن تزوَّجَ حرٌّ امرأةً علىٰ خدمتِه إياها[٥] سَنَةً، أو علىٰ تعليمِ القرآن: جاز، ولها مهرُ مثلِها.

---

(١) ويسمىٰ: نكاح الشِّغَار.

(٢) الحاوي الكبير ٩/٣٣٤.

(٣) أي الذي زوَّج بنتَه بهذا الشرط.

(٤) وفي نُسخ: منكوحاً.

(٥) وفي نُسخ: لها.

وقال محمدٌ رحمه الله : لها قيمةُ خدمتِه سَنَةً .

وإن تزوَّج عبدٌ امرأةً حرةً بإذن مولاه علىٰ خدمتِه إياها سَنَةً : جاز، ولها خدمتُه سنةً .

وقال محمدٌ رحمه الله: لها قيمةُ خدمتِه[1] سَنَةً.

وإن تزوَّج عبدٌ امرأةً حرةً بإذن مولاه علىٰ خدمتِه إياها[2] سَنَةً: جاز، ولها خدمتُه سنةً).

وقال الشافعيُّ[3] رحمه الله: لها تعليمُ القرآن، والخدمةُ في الوجهَيْن؛ لأن ما يصلُحُ أَخْذُ العوضِ عنه بالشرط: يصلُحُ مهراً عنده؛ لأنه بذلك تتحقَّق المعاوضةُ.

وصار كما إذا تزوَّجها علىٰ خدمةِ حُرٍّ آخَرَ[4] برضاه[5]، أو علىٰ رَعْيِ الزوجِ غَنَمَها.

ولنا: أن المشروعَ[6] إنما هو الابتغاءُ بالمال[7]، والتعليمُ ليس بمالٍ.

---

(١) أي خدمته لها.

(٢) أي خدمة العبد للحرة.

(٣) الحاوي الكبير ٩/٤٠٣.

(٤) أي غير الزوج.

(٥) أي رضا ذلك الحر التي سيقوم بالخدمة.

ولفظ: برضاه: مثبتٌ في بعض نُسخ الهداية، وبعض طبعاتها، وجاء في بعض الطبعات: برضاها.

(٦) أي في عقد النكاح.

(٧) وذلك في قوله تعالىٰ: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾. آل عمران/٢٤.

. . . .

وكذلك المنافعُ[١]، علىٰ أصلِنا.

وخدمةُ العبدِ: ابتغاءٌ بالمال؛ لتضمُّنِه تسليمَ رقبتِه، ولا كذلك الحرُّ.

ولأن خدمةَ الزوجِ الحُرِّ لا يجوزُ استحقاقُها بعقد النكاح؛ لِمَا فيه من قَلْب الموضوع، بخلاف خدمةِ حُرٍّ آخَرَ برضاه؛ لأنه لا مناقضةَ.

وبخلاف خدمةِ العبد؛ لأنه يَخدُمُ مولاه معنىً، حيث يَخدُمها بإذنه، وبأمره.

وبخلاف رَعْيِ الأغنامِ؛ لأنه من بابِ القيامِ بأمور الزوجية، فلا مناقَضةَ، علىٰ أنه ممنوعٌ في روايةٍ[٢].

ثم علىٰ قولِ محمد رحمه الله: تجبُ قيمةُ الخدمة؛ لأن المسمىٰ مالٌ، إلا أنه عَجَزَ عن التسليم؛ لمكانِ المناقضة، فصار كالتزوج علىٰ عبدِ الغير.

وعلىٰ قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: يجبُ مهرُ المثل؛ لأن الخدمةَ ليستْ بمالٍ، إذْ لا تُستَحَقُّ فيه بحالٍ، فصار كتسمية الخمر، والخنزير.

وهذا لأن تقوُّمَها بالعقد: للضرورة، فإذا لم يجبْ تسليمُها بالعقد: لم يظهر تقوُّمها[٣]، فيبقىٰ الحكمُ للأصل، وهو مهرُ المثل.

---

(١) أي غير متقوِّمة.

(٢) وهي رواية الأصل، والجامع، وهو الأصح. البناية ٦/١٨٧.

(٣) أي تقوُّم المسمىٰ، وهو الخدمة. وفي نُسخ: تقوُّمه.

فإن تزوَّجَها علىٰ ألفٍ، فقَبَضَتْها، ووهبَتْها له، ثم طلَّقها قبلَ الدخولِ بها : رَجَعَ عليها بخمسِمائةٍ.

فإن لم تَقبِضِ الألفَ حتىٰ وهبَتْها له، ثم طلَّقَها قَبْلَ الدخولِ بها : لم يرجعْ واحدٌ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ.

قال: (فإن تزوَّجَها علىٰ ألفٍ، فقَبَضَتْها، ووهبَتْها له، ثم طلَّقها قبلَ الدخولِ بها: رَجَعَ عليها بخمسِمائةٍ)؛ لأنه لم يَصِلْ إليه بالهبة عَيْنُ ما يستوجبُه[١]؛ لأن الدراهمَ والدنانيرَ لا تتعيَّنان في العقودِ والفُسوخِ.

وكذا إذا كان المهرُ مكيلاً أو موزوناً، أو شيئاً آخَرَ في الذمة؛ لعدم تعيُّنِها.

قال: (فإن لم تَقبِضِ الألفَ حتىٰ وهبَتْها له، ثم طلَّقها قَبْلَ الدخولِ بها: لم يرجعْ واحدٌ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ).

وفي القياس: يرجعُ عليها بنصف الصَّداق، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنه سَلِمَ المهرُ له بالإبراء[٢]، فلا تبرأ عمَّا يَستَحِقُّه بالطلاق قبلَ الدخول.

وَجْهُ الاستحسان: أنه وَصَلَ إليه عَيْنُ ما يَستَحِقُّه بالطلاق قبلَ الدخول، وهو براءةُ ذِمَّتِه عن نصفِ المهر، ولا يُبالَىٰ باختلاف السببِ[٣] عند حصول المقصود[٤].

---

(١) أي يستحقه بالطلاق قبل الدخول.

(٢) أي براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول.

(٣) وهو الإبراء والطلاق.

(٤) وهو براءة ذمة الزوج عن نصف المهر.

ولو قَبَضَتْ خمسَمائةٍ، ثم وَهَبَتِ الألفَ كلَّها، المقبوضَ وغيرَه، أو وَهَبَتِ الباقي، ثم طلقها قبلَ الدخولِ بها: لم يرجعْ واحدٌ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يرجعُ عليها بنصف ما قَبَضَتْ.

ولو كان تزوَّجها علىٰ عَرْضٍ، فقبضَتْه، أو لم تقبِضْ، فوَهَبَتْه.....

قال: (ولو قَبَضَتْ خمسَمائةٍ، ثم وَهَبَتِ الألفَ كلَّها، المقبوضَ وغيرَه، أو وَهَبَتِ الباقي، ثم طلقها قبلَ الدخولِ بها: لم يرجعْ واحدٌ منهما علىٰ صاحبه بشيءٍ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يرجعُ عليها بنصف ما قَبَضَتْ)؛ اعتباراً للبعض بالكلِّ.

ولأن هبةَ البعض: حَطٌّ، فيَلْتحِقُ[1] بأصل العقد.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن مقصودَ الزوجِ قد حَصَلَ، وهو سلامةُ نصفِ الصَّدَاقِ بلا عوضٍ، فلا يَستوجِبُ الرجوعَ عند الطلاق.

والحطُّ لا يلتحقُ بأصل العقدِ في النكاح، ألا ترىٰ أن الزيادةَ فيه لا تلتَحِقُ، حتىٰ لا تتنصَّفُ.

ولو كانت وهبتْ أقلَّ من النصف، وقبضتِ الباقي: فعنده: يَرجعُ عليها إلىٰ تمامِ النصف، وعندهما: بنِصْفِ[2] المقبوض.

قال: (ولو كان تزوَّجها علىٰ عَرْضٍ، فقبضَتْه، أو لم تقبِضْ، فوَهَبَتْه

---

(١) وفي نُسخ: فيُلحَق.

(٢) وفي نُسخ: يُنصَّفُ المقبوضُ.

له ثم طلَّقها قبلَ الدخول بها : لم يرجعْ عليها بشيءٍ.

ولو تزوَّجها علىٰ حيوانٍ، أو عُروضٍ في الذمة : فكذلك الجوابُ.

وإذا تزوَّجها علىٰ ألفٍ علىٰ أن لا يُخرِجَها من البلدة، أو علىٰ أن لا يتزوجَ عليها أخرىٰ، فإن وفَىٰ بالشرط : فلها المسمَّىٰ.

له، ثم طلَّقها قبلَ الدخول بها: لم يرجعْ عليها بشيءٍ).

وفي القياس، وهو قولُ زفر رحمه الله: يرجعُ عليها بنصفِ قيمته؛ لأن الواجبَ فيه ردُّ نصفِ عينِ المهر، علىٰ ما مرَّ تقريرُه.

وجهُ الاستحسان: أن حقَّه عند الطلاق سلامةُ نصفِ المقبوضِ من جهتها، وقد وصل إليه، ولهذا لم يكن لها دَفْعُ شيءٍ آخَرَ مكانَه.

بخلاف ما إذا كان المهرُ دَيْناً.

وبخلاف ما إذا باعتْ من زوجِها؛ لأنه وَصَلَ إليه ببدل.

قال: (ولو تزوَّجها علىٰ حيوانٍ، أو عُروضٍ في الذمة: فكذلك الجوابُ[1])؛ لأن المقبوضَ متعيِّنٌ في الردِّ، وهذا لأن الجهالةَ تُحُمِّلتْ في النكاح، فإذا عُيِّنَ[2] فيه: يصيرُ كأنَّ التسميةَ وَقَعَتْ عليه[3].

قال: (وإذا تزوَّجها علىٰ ألفٍ علىٰ أن لا يُخرِجَها من البلدة، أو علىٰ أن لا يتزوجَ عليها أخرىٰ، فإن وَفَىٰ بالشرط: فلها المسمَّىٰ)؛ لأنه صَلُحَ مهراً، وقد تمَّ رضاها به.

---

(١) أي لا يرجع عليها بشيء، قبضت أو لم تقبض. البناية ٦/١٩١.

(٢) أي بالقبض.

(٣) وفي نُسخ: عليها.

وإن تزوَّج عليها أخرىٰ : أو أخرَجَها : فلها مهرُ مثلِها .

ولو تزوَّجها علىٰ ألفٍ إن أقام بها، وعلىٰ ألفَيْن إن أخرَجَها، فإن أقام بها : فلها الألفُ، وإن أخرَجَها : فلها مهرُ المِثْلِ، لا يُزادُ علىٰ الألفَيْن، ولا يُنقَصُ عن الألف، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : الشرطان جميعاً جائزان .

قال: (وإن تزوَّج عليها أخرىٰ: أو أخرَجَها: فلها مهرُ مثلِها)؛ لأنه سمَّىٰ ما لَها فيه نَفْعٌ، فعند فواتِه: ينعدمُ رضاها بالألف، فيُكَمَّلُ مهرُ مثلِها[1]، كما في تسميةِ الكرامةِ[2]، والهديةِ[3] مع الألف.

قال: (ولو تزوَّجها علىٰ ألفٍ إن أقام بها، وعلىٰ ألفَيْن إن أخرَجَها، فإن أقام بها: فلها الألفُ، وإن أخرَجَها: فلها مهرُ المِثْلِ، لا يُزادُ علىٰ الألفَيْن، ولا يُنقَصُ عن الألف، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: الشرطان جميعاً جائزان)، حتىٰ كان لها الألفُ إن أقام بها، والألْفان إن أخرجها.

وقال زفر رحمه الله: الشرطانِ جميعاً فاسدان، ويكونُ لها مهرُ مثلِها، لا يُنقَصُ من الألف، ولا يُزادُ علىٰ الألفين.

وأصلُ المسألة في الإجارات، في قوله: إن خِطْتَه اليومَ: فلك درهمٌ، وإن خِطتَه غداً: فلك نصفُ درهم، وسنبيِّنُها فيه إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) يريد أنه إذا كان المسمىٰ أقل من مهر المثل.

(٢) بأن يُكرِمَها، ولا يُكلِّفَها الأعمالَ الشاقة. البناية ١٩٣/٦ .

(٣) أي ويهديها هديةً فاخرةً مع الألف.

ولو تزوَّجها علىٰ هذا العبد أو علىٰ هذا العبد، وأحدُهما أَوْكَسُ، والآخَرُ أرفَعُ: فإن كان مهرُ مثلِها أقلَّ من أوكسِهما: فلها الأوكسُ.

وإن كان أكثرَ من أرفَعِهما: فلها الأرفعُ.

وإن كان بينهما: فلها مهرُ مثلِها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لها الأَوْكسُ في ذلك كلِّه.

فإن طلَّقها قبلَ الدخول بها: فلها نصفُ الأوكَسِ في ذلك كلِّه، بالإجماع.

قال: (ولو تزوَّجها علىٰ هذا العبد أو علىٰ هذا العبد[1]، وأحدُهما أَوْكَسُ، والآخَرُ أرفَعُ: فإن كان مهرُ مثلِها أقلَّ من أوكسِهما: فلها الأوكسُ.

وإن كان أكثرَ من أرفَعِهما: فلها الأرفعُ.

وإن كان بينهما: فلها مهرُ مثلِها، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لها الأَوْكسُ في ذلك كلِّه.

فإن طلَّقها قبلَ الدخول بها: فلها نصفُ الأوكَسِ في ذلك كلِّه، بالإجماع).

لهما: أن المصيرَ إلىٰ مهر المثل: لتعذُّر إيجابِ المسمىٰ، وقد أمكن إيجابُ الأَوْكس، إذِ الأقلُّ متيقَّنٌ، فصار كالخلع والإعتاقِ علىٰ مال.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الموجَبَ الأصليَّ: مهرُ المثل، إذ هو الأعدلُ، والعدولُ عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة.

بخلاف الخلعِ والإعتاق علىٰ مال؛ لأنه لا موجَبَ له[2] في البدل.

---

(١) أي أحد العبدين.

(٢) وفي نُسخ: لا مال.

وإذا تزوَّجَها علىٰ حيوانٍ غيرِ موصوفٍ : صحَّتِ التسميةُ، ولها الوَسَطُ منه، والزوجُ مخيَّرٌ : إن شاء أعطاها ذلك، وإن شاء أعطاها قيمتَه .

إلا أنَّ مهرَ المثلِ إذا كان أكثرَ من الأرفعِ: فالمرأةُ رضِيَتْ بالحَطِّ.

وإن كان أنقصَ من الأوْكس: فالزوجُ رضيَ بالزيادة.

والواجبُ في الطلاق قبلَ الدخول في مثلِه[1]: المتعةُ، ونصفُ الأوكسِ يزيدُ عليها في العادة، فوَجَبَ؛ لاعترافه بالزيادة.

قال: (وإذا تزوَّجَها علىٰ حيوانٍ غيرِ موصوفٍ: صحَّتِ التسميةُ، ولها الوَسَطُ منه، والزوجُ مخيَّرٌ: إن شاء أعطاها ذلك، وإن شاء أعطاها قيمتَه).

قال رضي الله عنه: معنىٰ هذه المسألة: أن يُسَمِّيَ جنسَ الحيوان، دونَ الوصف، بأن تزوَّجها علىٰ فرسٍ أو حمارٍ.

أما إذا لم يُسمِّ الجنسَ، بأن تزوَّجها علىٰ دابةٍ: لا تجوزُ التسميةُ، ويجبُ مهرُ المثل.

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يجبُ مهرُ المثلِ في الوجهَيْن جميعاً؛ لأن عنده ما لا يصلُحُ ثمناً في البيع: لا يصلُحُ مسمَّىً في النكاح، إذْ كلُّ واحدٍ منهما عقدُ معاوضةٍ.

ولنا: أنه معاوَضَةُ مالٍ بغير مالٍ، فجعلناه التزامَ المالِ ابتداءً، حتىٰ لا

---

(١) أي في مثل هذا العقد الذي فسدت التسمية فيه.

(٢) كفاية الأخيار ٢/١١٧.

. . . .

يفسدُ بأصل الجهالةِ[١]، كالدية[٢]، والأقارير[٣].

وشَرَطْنا أن يكونَ المسمىٰ مالاً، وَسَطُه معلومٌ: رعايةً للجانبين، وذلك عند إعلام الجنس[٤]؛ لأنه يشتملُ علىٰ الجيد والرديء، والوَسَطُ: ذو حظٍّ منهما.

بخلاف جهالةِ الجنس؛ لأنه لا وَسَطَ له[٥]؛ لاختلافِ معاني الأجناس.

وبخلاف البيع؛ لأن مبناه علىٰ المضايقة والمماكَسَة.

أما النكاحُ: فمَبْناهُ علىٰ المسامحة والمساهَلَة.

وإنما يُخيَّر: لأنَّ الوَسَطَ لا يُعرَفُ إلا بالقيمة، فصارت أصلاً في حَقِّ الإيفاء، والعبدُ[٦] أصلٌ تسميةً[٧]، فيتخيَّر بينهما[٨].

---

(١) أي الجهالة المستدركة في الوصف.

(٢) فإن الشرع جعل فيها مائةً من الإبل غير موصوفة.

(٣) جمع: إقرار، فإنه يلزم في الدية والإقرار مالٌ من غير أن يكون في مقابلتهما عوض مالي.

(٤) أي النوع.

(٥) وفي نُسخ: لا واسطةَ له، وفي نُسخٍ أخرىٰ: لا وساطة.

(٦) وفي نُسخ: والعين. قلت: لعل المراد: العينُ المسماة في العقد، سواء كان عبداً أو حيواناً، وقد كُتب في حاشية نسخة ١٠٣٨هـ: لفظ: العبد، بدل: الحيوان. قلت: لأن أصل المسألة: تزوج علىٰ حيوانٍ غير موصوف.

(٧) أي من حيث التسمية.

(٨) أي بين أداء القيمة وبين أداء العبد الوسط (الحيوان الوسط).

وإن تزوَّجها علىٰ ثوبٍ غيرِ موصوفٍ : فلها مهرُ المثل .

ومعناه : أنه ذَكَرَ الثوبَ، ولم يَزِدْ عليه .

وإن تزوَّج مسلمٌ علىٰ خمرٍ، أو خنزيرٍ : فالنكاحُ جائزٌ، ولها مهرُ مثلِها .

قال: (وإن تزوَّجها علىٰ ثوبٍ غيرِ موصوفٍ: فلها مهرُ المثل.

ومعناه: أنه ذَكَرَ الثوبَ، ولم يَزِدْ عليه).

ووجهُه: أن هذه جهالةُ الجنس؛ لأنَّ الثيابَ أجناسٌ.

ولو سمىٰ جنساً، بأن قال: هَرَوِيٌّ: تصحُّ التسميةُ، ويُخيَّرُ الزوجُ[1]؛ لِمَا بيَّنَّا.

وكذا إذا بالَغَ في وَصْفِ الثوب، في ظاهر الرواية؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال.

وكذا إذا سمَّىٰ مكيلاً، أو موزوناً، وسمىٰ جنسَه، دونَ صفتِه.

وإن سمَّىٰ جنسَه وصفتَه: لا يُخيَّرُ؛ لأنَّ الموصوفَ منهما يثبتُ دَيْناً في الذمة ثبوتاً صحيحاً.

قال: (وإن تزوَّج مسلمٌ علىٰ خمرٍ، أو خنزيرٍ: فالنكاحُ جائزٌ، ولها مهرُ مثلِها)؛ لأن شَرْطَ قبولِ الخمر: شَرْطٌ فاسدٌ، فيصحُّ النكاحُ، ويلغو الشرطُ.

بخلاف البيع؛ لأنه يبطلُ بالشروط الفاسدة.

لكن لم تصحَّ التسميةُ: لِمَا أن المسمَّىٰ ليس بمالٍ في حَقِّ المسلمِ، فوَجَبَ مهرُ المثل.

---

(١) أي بين القيمة والوسط.

فإن تزوَّج امرأةً علىٰ هذا الدَّنِّ من الخَلِّ، فإذا هو خمرٌ: فلها مهرُ مثلِها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لها مِثْلُ وزنِها خَلاًّ.

وإن تزوَّجها علىٰ هذا العبدِ، فإذا هو حُرٌّ: يجبُ مهرُ المثل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تجب القيمةُ.

قال: (فإن تزوَّج امرأةً علىٰ هذا الدَّنِّ[١] من الخَلِّ، فإذا هو خمرٌ: فلها مهرُ مثلِها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لها مِثْلُ وزنِها خَلاًّ.

وإن تزوَّجها علىٰ هذا العبدِ، فإذا هو حُرٌّ: يجبُ مهرُ المثل عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تجب القيمةُ).

لأبي يوسف رحمه الله: أنه أطمعها مالاً، وعَجَزَ عن تسليمِه، فتجبُ قيمتُه، أو مِثلُه إن كان من ذواتِ الأمثال، كما إذا هَلَكَ العبدُ المسمَّىٰ قبلَ التسليم[٢].

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: اجتمعتِ الإشارةُ[٣]، والتسميةُ، فتُعتبرُ الإشارةُ؛ لكونها أبلغَ في المقصود، وهو التعريفُ، فكأنه تزوَّجَ علىٰ خمرٍ، أو حُرٍّ[٤].

---

(١) أي الكوز، وهو أوسع من الحُبِّ أي الجرة. ينظر المصباح المنير.

(٢) وفي نُسخ: قبل القبض.

(٣) أي قوله: هذا، والتسمية: أي قوله: العبد.

(٤) وفي نُسخ: خنزير. قلت: مع التنبيه أن المسألة التي يدور عليها الشرح في الهداية هي في الخمر والحر.

فإن تزوجها علىٰ هذَيْن العبدَيْن : فإذا أحدُهما حُرٌّ : فليس لها إلا الباقي إذا ساوىٰ عشرةَ دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقال أبو يوسف رحمه الله : لها العبدُ الباقي ، وقيمةُ الحُرِّ لو كان عبداً .

ومحمدٌ رحمه الله يقول: الأصلُ أنَّ المسمىٰ إذا كان من جنسِ المُشَارِ إليه: يتعلَّقُ العقدُ بالمشار إليه؛ لأن المسمىٰ موجودٌ في المشارِ إليه ذاتاً، والوصفُ يَتْبعُه.

وإن كان من خلاف جنسِه: يتعلَّقُ العقدُ بالمسمىٰ؛ لأن المسمىٰ مِثْلٌ للمشار إليه، وليس بتابعٍ له، والتسميةُ أبلغُ في التعريف، من حيث إنها تُعرِّفُ الماهيَّةَ، والإشارةُ تُعرِّفُ الذاتَ.

ألا ترىٰ أن مَن اشترىٰ فَصّاً علىٰ أنه ياقوتٌ، فإذا هو زُجاجٌ: لا ينعقدُ العقدُ؛ لاختلاف الجنس.

ولو اشترىٰ فَصّاً علىٰ أنه ياقوتٌ أحمرُ، فإذا هو أخضرُ: ينعقدُ العقدُ؛ لاتحاد الجنس.

وفي مسألتنا: العبدُ مع الحرِّ: جنسٌ واحدٌ؛ لقِلَّة التفاوتِ في المنافع، والخمرُ مع الخَلِّ جنسان؛ لفُحْش التفاوتِ في المقاصد.

قال: (فإن تزوجها علىٰ هذَيْن العبدَيْن: فإذا أحدُهما حُرٌّ: فليس لها إلا الباقي إذا ساوىٰ عشرةَ دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنه مسمًّى، ووجوبُ المسمىٰ وإن قَلَّ يمنعُ وجوبَ مهرِ المثل.

(وقال أبو يوسف رحمه الله: لها العبدُ الباقي، وقيمةُ الحُرِّ لو كان عبداً)؛ لأنه أطمَعَها سلامةَ العبدَيْن، وعَجَزَ عن تسليم أحدِهما، فتجبُ قيمتُه.

وقال محمدٌ رحمه الله: لها العبدُ الباقي، وتمامُ مهرِ مثلِها إن كان مهرُ مثلِها أكثرَ من قيمةِ العبد.

وإذا فرَّق القاضي بين الزوجَيْن في النكاح الفاسدِ قبلَ الدخول: فلا مهرَ لها، وكذا بعد الخلوةِ.

فإن دَخَلَ بها: فلها مهرُ مثلِها، لا يُزادُ علىٰ المسمىٰ. . . . .

(وقال محمدٌ رحمه الله)، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله: (لها العبدُ الباقي، وتمامُ مهرِ مثلِها إن كان مهرُ مثلِها أكثرَ من قيمةِ العبد)؛ لأنهما لو كانا حُرَّيْن: يجبُ تمامُ مهرِ المثل عنده، فإذا كان أحدُهما عبداً: يجبُ العبدُ، وتمامُ مهرِ المثل.

قال: (وإذا فرَّق القاضي بين الزوجَيْن في النكاح الفاسدِ قبلَ الدخول: فلا مهرَ لها)؛ لأن المهرَ فيه لا يجبُ بمجرَّدِ العقد؛ لفسادِه، وإنما يجبُ باستيفاء منافعِ البُضْع.

(وكذا بعد الخلوةِ)؛ لأن الخلوةَ فيه لا يثبتُ بها التمكُّنُ، فلا تُقامُ مَقامَ الوطء.

قال: (فإن دَخَلَ بها: فلها مهرُ مثلِها، لا يُزادُ علىٰ المسمىٰ) عندنا.

خلافاً لزفر[1] رحمه الله.

هو يعتبرُه بالبيع الفاسد[2].

---

(١) فإنه يقول: يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ.

(٢) حيث تجب القيمة في البيع الفاسد بالغةً ما بلغت وإن زادت علىٰ الثمن، فكذلك مهر المثل. البناية ٦/٢٠٩.

وعليها العِدَّةُ، ويثبتُ نسبُ ولدِها.

ولنا: أن المستوفىٰ[١] ليس بمال، وإنما يَتقوَّمُ بالتسمية، فإذا زادت علىٰ مهر المثل: لم تجبِ الزيادةُ؛ لعدم صحةِ التسمية، وإن نَقَصَتْ: لم تجبِ الزيادةُ علىٰ المسمىٰ؛ لانعدامِ التسمية.

بخلاف البيع[٢]؛ لأنه[٣] مالٌ متقوِّمٌ في نفسه، فيَتقدَّرُ بَدَلُه بقيمته.

قال: (وعليها العِدَّةُ)؛ إلحاقاً للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط، وتحرُّزاً عن اشتباه النسب.

ويُعتبرُ ابتداؤها من وقت التفريق، لا من آخرِ الوَطَآت، هو الصحيحُ؛ لأنها تجبُ باعتبار شبهةِ النكاحِ، ورَفْعُها[٤]: بالتفريق.

قال: (ويثبتُ نسبُ ولدِها[٥])؛ لأن النسبَ يُحتاطُ في إثباتِه؛ إحياءً للولد، فيترتَّبُ علىٰ الثابت من وجهٍ.

وتُعتبرُ مدةُ النسبِ[٦] من وقتِ الدخول عند محمدٍ رحمه الله، وعليه الفتوىٰ[٧].

---

(١) أي البضع.

(٢) هذا جوابٌ عن قياس زفر علىٰ البيع، وأنه غير صحيح.

وفي نُسخ: المبيع. بدل: البيع.

(٣) أي المقبوض في البيع الفاسد. البناية ٦/٢١٠.

(٤) أي رفع شبهة النكاح.

(٥) بلا دِعوة.

(٦) وهو ستة أشهر.

(٧) وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: من وقت النكاح؛ قياساً علىٰ=

ومهرُ مِثْلِها يُعتَبَرُ بأخواتِها، وعمَّاتِها، وبناتِ أعمامِها.

لأن[١] النكاحَ الفاسدَ ليس بداعٍ إليه[٢]، والإقامةُ باعتباره[٣].

[مهرُ المِثْل:]

قال: (ومهرُ مِثْلِها يُعتَبَرُ بأخواتِها، وعمَّاتِها، وبناتِ أعمامِها[٤]).

لقول ابنِ مسعود رضي الله عنه: «لها مهرُ مِثْلِ نسائها، لا وكْسَ فيه، ولا شَطَط»[٥].

وهنَّ أقاربُ الأبِ.

ولأن الإنسانَ مِن جنسِ قومِ أبيه، وقيمةُ الشيءِ إنما تُعرَفُ بالنظر في قيمةِ جنسِه.

العقد الصحيح. البناية ٦/٢١٠، رد المحتار ٣/٥١٧، وقد تتابعت كتبُ الحنفية علىٰ أن الفتوىٰ علىٰ قول محمد رحمه الله.

(١) هذا ردٌّ علىٰ قياس أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(٢) أي إلىٰ الوطء.

(٣) يعني أن إقامة العقد مقامَ الوطء في النكاح الصحيح باعتبار أن العقد داعٍ إلىٰ الوطء، والنكاح الفاسد ليس بداعٍ إلىٰ الوطء؛ لكونه حراماً، واجب الرفع، فلا يُقام العقد مقامَ الوطء، ولا تُعتبر المدة من حين العقد. البناية ٦/٢١١.

(٤) وفي نُسخ: وبنات عماتها. وينظر البناية ٦/٢١١ وأن هذه النسخةَ محمولةٌ علىٰ ما إذا كان أبوهنَّ من قبيلتها.

(٥) سنن أبي داود (٢١١٦)، سنن الترمذي (١١٤٥)، وقال: حسن صحيح، سنن ابن ماجه (١٨٩١).

ولا يُعتَبَرُ بأُمِّها، وخالتِها إذا لم تكونا من قبيلتِها.

ويُعتبرُ في مهرِ المِثْلِ: أن تتساوىٰ المرأتان في السِّنِّ، والجَمَالِ، والمالِ، والعقلِ، والدِّيْنِ، والبلدِ، والعصرِ.

وإذا ضَمِنَ الوليُّ المهرَ: صحَّ ضمانُه.

ثم المرأةُ بالخيار في مطالبتِها زوجَها، أو وليَّها.

قال: (ولا يُعتَبَرُ بأُمِّها، وخالتِها إذا لم تكونا من قبيلتِها)؛ لِمَا بيَّنَّا.

فإن كانت الأُمُّ من قومِ أبيها، بأن كانت بنتَ عمِّه: فحينئذٍ يُعتَبَرُ بمهرها؛ لِمَا أنها من قومِ أبيها.

قال: (ويُعتبرُ في مهرِ المِثْلِ: أن تتساوىٰ المرأتان في السِّنِّ، والجَمَالِ، والمالِ، والعقلِ، والدِّيْنِ، والبلدِ، والعصرِ)؛ لأن مهرَ المثلِ يختلِفُ باختلاف هذه الأوصاف.

وكذا يختلفُ باختلاف الدار، والعصر.

قالوا: ويُعتبرُ التساوي أيضاً في البَكارَةِ؛ لأنه يختلِفُ بالبكارة والثُّيُوبة.

قال: (وإذا ضَمِنَ الوليُّ المهرَ[1]: صحَّ ضمانُه)؛ لأنه من أهلِ الالتزام، وقد أضافه إلىٰ ما يَقبلُه، فيصحُّ.

قال: (ثم المرأةُ بالخيار في مطالبتِها زوجَها، أو وليَّها)؛ اعتباراً بسائر الكفالات.

---

(١) يعني إذا زوَّج الوليُّ ابنتَه، وضمن لها المهرَ: صح ضمانه.

. . . .

ويَرجعُ الوليُّ إذا أدَّىٰ علىٰ الزوج إن كان بأمره[١]، كما هو الرَّسْمُ[٢] في الكفالة.

وكذلك يصحُّ هذا الضمانُ وإن كانت المزوَّجةُ صغيرةً.

بخلاف ما إذا باع الأبُ مالَ ابنِه الصغير، وضَمِنَ الثمنَ، حيث لا يصح[٣]؛ لأن الوليَّ سفيرٌ ومعبِّرٌ في النكاح، وفي البيع: عاقدٌ ومباشِرٌ، حتىٰ ترجعُ العُهدةُ عليه، والحقوقُ إليه.

ويصحُّ إبراؤه[٤] عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، ويملِكُ قَبْضَه[٥] بعد بلوغه.

فلو صحَّ الضمانُ[٦]: يصيرُ ضامناً لنفسه[٧].

وولايةُ قَبْضِ المهرِ للأب، بحُكْم الأبوة؛ لا باعتبار أنه عاقِدٌ، ألا ترىٰ أنه لا يملكُ القبضَ بعد بلوغِها[٨]، فلا يصيرُ ضامناً لنفسه.

---

(١) أي بأمر الزوج.

(٢) أي العادة المستمرة، إذ الكفيل يرجع علىٰ الأصيل.

(٣) والفرق هو قوله: لأن الولي سفيرٌ.... البناية ٦/٢١٥.

(٤) أي إبراء الأب. البناية ٦/٢١٦.

(٥) أي يملك الأبُ قبضَ الثمن بعد بلوغ الصبي.

(٦) أي ضمان الأب الثمنَ عن المشتري في البيع.

(٧) فلا يصح.

(٨) أي عند نهيها إياه عن القبض. حاشية سعدي علىٰ الهداية، والبناية ٦/٢١٧، وفي نصها خطأ كالعادة، حيث جاء بدل كلمة: نهيها: هبتها.

وللمرأة أن تَمنعَ نفسَها حتىٰ تأخذَ المهرَ، وتمنعَه أن يُخرِجَها، وإن دَخَلَ بها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: ليس لها أن تمنَعَ نفسَها.

قال: (وللمرأة أن تَمنعَ نفسَها حتىٰ تأخذَ المهرَ، وتمنعَه أن يُخرِجَها)، أي يسافرَ بها ليتعيَّن حقُّها في البدل[١]، كما تعيَّن حقُّ الزوج في المُبدَل[٢]، وصار كالبيع.

وليس للزوج أن يَمنعَها من السفرِ والخروج من منزِله، وزيارةِ أهلِها حتىٰ يوفِّيَها المهرَ كلَّه، أي المعجَّلَ منه؛ لأن حَقَّ الحَبْسِ لاستيفاء المستَحَقِّ، وليس له حقُّ الاستيفاءِ قبلَ الإيفاء.

ولو كان المهرُ كلُّه مؤجَّلاً: ليس لها أن تمنَعَ نفسَها؛ لإسقاطها حقَّها بالتأجيل، كما في البيع.

وفيه خلافُ أبي يوسف[٣] رحمه الله.

(وإن[٤] دَخَلَ بها): فكذلك الجوابُ[٥] (عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: ليس لها أن تمنَعَ نفسَها).

والخلافُ فيما إذا كان الدخولُ برضاها، حتىٰ لو كانتْ مُكرَهةً، أو كانت صبيَّةً، أو مجنونةً: لا يسقطُ حقُّها في الحبس، بالاتفاق.

---

(١) وهو المهر.

(٢) أي البضع.

(٣) فإنه قال: لها أن تمنع نفسها إذا كان المهر مؤجلاً أجلاً معلوماً.

(٤) لفظ: إن: هنا وصليةٌ.

(٥) أي لها أن تمنع نفسها حتىٰ تأخذ المهر.

. . . .

وعلىٰ هذا الخلاف: الخلوةُ بها برضاها.

ويُبتَنىٰ علىٰ هذا: استحقاقُ النفقة.

لهما: أن المعقودَ عليه كلَّه قد صار مسلَّماً إليه بالوَطْأة الواحدة، وبالخلوة، ولهذا يتأكَّدُ بها جميعُ المهر، فلم يَبْقَ لها حَقُّ الحبس، كالبائع إذا سلَّم المبيعَ.

وله: أنها مَنَعَتْ منه ما قابَلَ البدلَ؛ لأن كلَّ وطأةٍ تَصرُّفٌ في البُضع المحترَم، فلا يُخلَىٰ عن العوض؛ إبانةً لخَطَره.

والتأكيدُ بالواحدة: لجهالة ما وراءَها، فلا يصلُحُ مزاحِماً للمعلوم.

ثم إذا وُجِدَ آخَرُ[١]، وصار معلوماً: تحقَّقَتِ المزاحَمَةُ، وصار المهرُ مقابَلاً بالكل، كالعبدِ إذا جنىٰ جنايةً: يُدفَعُ كلُّه بها، ثم إذا جنىٰ جنايةً أخرىٰ وأخرىٰ: يُدفَعُ بجميعها.

وإذا أوفاها مهرَها: نَقَلَها إلىٰ حيثُ شاء؛ لقوله تعالىٰ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾. الطلاق/٦.

وقيل: لا يُخرِجُها إلىٰ بلدٍ غيرِ بلدِها؛ لأن الغُربةَ تُؤذِي[٢].

وفي قُرىٰ المصر القريبة: لا تتحقَّقُ الغُرْبة.

---

(١) أي وطءٌ آخَر.

(٢) وفي نُسخ: لأن الغريبَ يُؤذَىٰ.

ومَن تزوَّج امرأةً، ثم اختلفا في المهر : فالقولُ قولُ المرأةِ إلىٰ مهرِ مثلِها، والقولُ قولُ الزوجِ فيما زاد علىٰ مهرِ المِثْل.

وإن طلَّقها قبلَ الدخولِ بها : فالقولُ قولُه في نصفِ المهر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : القولُ قولُه بعد الطلاق، وقبلَه، إلا أنْ يأتيَ بشيءٍ قليلٍ.

قال: (ومَن تزوَّج امرأةً، ثم اختلفا في المهر: فالقولُ قولُ المرأةِ إلىٰ مهرِ مثلِها، والقولُ قولُ الزوجِ فيما زاد علىٰ مهرِ المِثْل.

وإن طلَّقها قبلَ الدخولِ بها: فالقولُ قولُه في نصفِ المهر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: القولُ قولُه بعد الطلاق، وقبلَه، إلا أنْ يأتيَ بشيءٍ قليلٍ)، ومعناه: ما لا يُتعارَفُ مهراً لها، هو الصحيح.

لأبي يوسف رحمه الله: أن المرأةَ تدَّعي الزيادةَ، والزوجَ يُنكِرُ، والقولُ قولُ المنكِرِ، مع يمينه، إلا أن يأتيَ بشيءٍ يُكذِّبُه الظاهرُ فيه.

وهذا لأن تَقَوُّمَ منافعِ البُضْع ضروريٌّ، فمتىٰ أمكن إيجابُ شيءٍ من المسمىٰ: لا يُصارُ إليه[1].

ولهما: أن القولَ في الدعاوىٰ قولُ مَن يَشهَدُ له الظاهرُ، والظاهرُ شاهِدٌ لمَن يَشهدُ له مهرُ المثل؛ لأنه هو الموجَبُ الأصليُّ في باب

---

(١) أي إلىٰ مهر المثل.

. . . .

النكاح، وصار كالصبَّاغ مع ربِّ الثوبِ إذا اختلفا في مقدار الأجر: تُحكَّمُ فيه قيمةُ الصِّبْغ.

ثم ذَكَرَ ها هنا أنَّ بعدَ الطلاق قبلَ الدخول: القولُ قولُه في نصف المهر، وهذا روايةُ «الجامع الصغير[١]»، و«الأصلِ».

وذَكَرَ في «الجامع الكبير[٢]»: أنه تُحكَّمُ مُتْعةُ مثلِها، وهو قياسُ قولِهما؛ لأن المتعةَ موجَبُه[٣] بعد الطلاق، كمهر المثلِ قبلَه، فتُحكَّمُ كهو.

ووَجْهُ التوفيق: أنه[٤] وَضَعَ المسألةَ في «الأصل» في الألْفِ والألفَيْن، والمتعةُ لا تبلغُ هذا المبلَغَ في العادة، فلا يفيدُ تحكيمُها.

ووَضَعَها في «الجامع الكبير» في العشرة والمائة، ومُتعةُ مثلِها عشرون، فيفيدُ تحكيمَها.

والمذكورُ في «الجامع الصغير» ساكتٌ عن ذِكْرِ المقدار، فيُحمَلُ علىٰ ما هو المذكورُ في «الأصل».

وشَرْحُ قولِهما فيما إذا اختلفا في حال قيامِ النكاح: أنَّ الزوجَ إذا ادعىٰ الألفَ، والمرأةَ ألفَيْن: فإن كان مهرُ مثلِها ألفاً أو أقلَّ: فالقولُ قولُه.

---

(١) ص١٠٣.

(٢) ص ٩١ـ ٩٢.

(٣) أي موجَبُ النكاح.

(٤) أي الإمام محمد رحمه الله.

ولو كان الاختلافُ في أصل المسمىٰ : يجبُ مهرُ المِثْلِ، بالإجماع.

ولو كان الاختلافُ بعدَ موتِ أحدِهما : فالجوابُ فيه كالجواب في حياتهما.

وإن كان ألفين أو أكثرَ: فالقولُ قولُها.

وأيُّهما أقام البينةَ في الوجهين: تُقبَلُ.

وإن أقاما البينةَ في الوجه الأول: تُقبلُ بينتُها؛ لأنها تُثبِتُ الزيادةَ.

وفي الوجه الثاني: تُقبلُ بيِّنتُه؛ لأنها تُثبِتُ الحَطَّ.

وإن كان مهرُ مثلِها ألفاً وخمسَمائة: تحالفا، وإذا حَلَفَا: يجبُ ألفٌ وخمسُمائةٍ، هذا تخريج الرازي[1] رحمه الله.

وقال الكرخيُّ رحمه الله: يتحالفان في الفصول الثلاثة، ثم يُحكَّمُ مهرُ المثل بعد ذلك.

قال: (ولو كان الاختلافُ في أصل المسمىٰ: يجبُ مهرُ المِثْلِ، بالإجماع)؛ لأنه هو الأصلُ عندهما، وعنده: تَعَذَّر القضاءُ بالمسمىٰ: فيُصارُ إليه.

قال: (ولو كان الاختلافُ بعدَ موتِ أحدِهما: فالجوابُ فيه كالجواب في حياتهما)؛ لأن اعتبارَ مهرِ المثل لا يَسقطُ بموتِ أحدِهما.

ولو كان الاختلافُ بعدَ موتِهما في المقدار: فالقولُ قولُ ورثةِ الزوجِ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُستثنىٰ القليلُ[2].

---

(١) أي الإمام أبو بكر الرازي الجصَّاص أحمد بن علي، ت٣٧٠هـ.

(٢) وفي نُسخ: ويَستثني القليلَ. بالمبني للمعلوم.

وإذا مات الزوجان معاً، وقد سمَّىٰ لها مهراً: فلورثتِها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج.

وإن لم يكن سَمَّىٰ لها مهراً: فلا شيءَ لورثتها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لورثتها المهرُ في الوجهَيْن جميعاً.

وعند أبي يوسف رحمه الله: القولُ قولُ الورثة، إلا أن يأتوا بشيءٍ قليلٍ[1].

وعند محمدٍ رحمه الله: الجوابُ فيه كالجوابِ في حالة الحياة.

وإن كان في أصل المسمَّىٰ: فعند أبي حنيفة رحمه الله القولُ قولُ مَن أنكره.

فالحاصل أنه لا حُكْمَ لمهر المثل عندَه بعد موتهما، علىٰ ما نُبَيِّنُه من بعدُ إن شاء الله.

قال: (وإذا مات الزوجان معاً، وقد سمَّىٰ لها مهراً: فلورثتِها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج.

وإن لم يكن سَمَّىٰ لها مهراً: فلا شيءَ لورثتها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لورثتها المهرُ في الوجهَيْن جميعاً).

معناه: المسمَّىٰ في الوجهِ الأول، ومهرُ المثل في الوجهِ الثاني.

أما الأول: فلأنَّ المسمىٰ دَيْنٌ في ذمته، وقد تأكَّد بالموت، فيُقضىٰ من تَرِكَته، إلا إذا عُلِم أنها ماتت أوَّلاً، فيَسقطُ نصيبُه من ذلك.

---

(١) من قوله: وعند أبي يوسف: إلىٰ هنا: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

ومَن بَعَثَ إلىٰ امرأته شيئاً، فقالت: هو هديةٌ، وقال الزوجُ: هو من المهر: فالقولُ قولُه أنه من المهر، إلا في الطعامِ الذي يُؤكَلُ: فإن القولَ قولُها.

وأما الثاني: فوجهُ قولِهما: أن مهرَ المثلِ صار دَيْناً في ذمته، كالمسمىٰ، فلا يسقطُ بالموت، كما إذا مات أحدُهما.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن موتَهما يَدُلُّ علىٰ انقراضِ أقرانهما، فبمهر مَن يُقدِّرُ القاضي مهرَ المثل؟!

قال: (ومَن بَعَثَ إلىٰ امرأته شيئاً، فقالت: هو هديةٌ، وقال الزوجُ: هو من المهر: فالقولُ قولُه أنه من المهر[1])؛ لأنه هو المملِّكُ، فكان أعرفَ بجهة التمليك، كيف وأنَّ الظاهرَ أنه يسعىٰ في إسقاطِ الواجب.

قال: (إلا في الطعامِ الذي يُؤكَلُ: فإن القولَ قولُها).

والمرادُ منه: ما يكون مهيَّأً للأكل؛ لأنه يُتعارَفُ هديةً.

فأما في الحنطة والشعير: فالقولُ قولُه؛ لِمَا بيَّنَّا.

وقيل: ما يجبُ عليه من الخِمَار والدِّرْع وغيرِهما[2]: ليس له أن يحتسِبَه من المهر؛ لأن الظاهرَ يُكذِّبُه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي مع اليمين.

(٢) هكذا: وغيرهما: في طبعات الهداية القديمة، وفي النُّسخ الخطية: ونحوه، وفي نسخ أخرىٰ: وغيره.

فصلٌ

وإذا تزوَّج النصرانيُّ نصرانيةً علىٰ مَيْتةٍ، أو علىٰ غيرِ مهرٍ، وذلك في دِينهم جائزٌ، ودَخَلَ بها، أو طلَّقها قبلَ الدخولِ بها، أو مات عنها : فليس لها مهرٌ.

وكذلك الحربيَّان في دار الحرب.

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُهما في الحربيَّيْن.

وأما في الذمية : فلها مهرُ مثلِها إن مات عنها زوجُها، أو دَخَلَ بها، والمتعةُ إن طلَّقها قبلَ الدخول بها.

فصلٌ

زواجُ النصرانيِّ علىٰ مَيْتةٍ أو غير مَهْرٍ أو خنزير

قال: (وإذا تزوَّج النصرانيُّ نصرانيةً علىٰ مَيْتةٍ، أو علىٰ غيرِ مهرٍ، وذلك في دِينهم جائزٌ، ودَخَلَ بها، أو طلَّقها قبلَ الدخولِ بها، أو مات عنها: فليس لها مهرٌ.

وكذلك الحربيَّان في دار الحرب.

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قولُهما في الحربيَّيْن.

وأما في الذمية: فلها مهرُ مثلِها إن مات عنها زوجُها، أو دَخَلَ بها، والمتعةُ إن طلَّقها قبلَ الدخول بها).

وقال زفرُ رحمه الله: لها مهرُ المثلِ في الحربيَّيْن أيضاً.

. . . .

له: أن الشرعَ: ما[١] شَرَعَ ابتغاءَ النكاحِ إلا بالمال، وهذا الشرعُ وَقَعَ عامَّاً، فيَثبتُ الحكمُ علىٰ العموم.

ولهما: أن أهلَ الحربِ غيرُ ملتزِمِيْن أحكامَ الإسلام.

وولايةُ الإلزام منقطعةٌ؛ لتباين الدار[٢].

بخلافِ أهلِ الذمة؛ لأنهم التزموا أحكامَنا فيما يَرجع إلىٰ المعاملات، كالربا والزنا، وولايةُ الإلزام متحقِّقةٌ؛ لاتحاد الدار.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن أهلَ الذمة لا يلتزمون أحكامَنا في الديانات[٣]، وفيما[٤] يعتقدون خلافَه في المعاملات.

وولايةُ الإلزام: بالسيف وبالمُحَاجَّة، وكلٌّ ذلك منقَطِعٌ عنهم باعتبار عقدِ الذمة، فإنَّا أُمِرْنا بأن نتركَهم وما يَدِينون[٥]، فصاروا كأهل الحرب.

---

(١) ما: هنا: نافية.

(٢) وفي نُسخ: الدارين.

(٣) كحرمة الخمر والخنزير، ووجوب الصلاة.

(٤) أي وكذلك لا يلتزمون أحكامنا فيما يعتقدون خلافَه في المعاملات، كالنكاح بغير شهود، وبيع الميتة.

(٥) لم يصرِّح المؤلف هنا بأن هذا الكلام هو حديثٌ، ولكن قوله: أُمِرنا: يُشعر بذلك، ولم يتعرض لتخريج هذا الحديث الزيلعيُّ، ولا ابنُ حجر، ولا العيني ٦/٢٣٢، ولا ابن الهمام ٣/٢٦٠، ولكن الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٨١ في كتاب السير وأحكام قتال أهل الذمة قال: قولُه: روي عن علي رضي الله عنه قال: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا: غريبٌ. =

فإن تزوج ذميٌّ ذميةً علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ، ثم أسلما، أو أسلم أحدُهما : فلها الخمرُ والخنزيرُ.

بخلاف الزنا؛ لأنه حرامٌ في الأديان كلِّها، والربا مستثنىً عن عقودهم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا مَن أربىٰ: فليس بيننا وبينه عهدٌ»[1].

وقولُه في «الكتاب[2]»: أو علىٰ غير مهرٍ: يحتملُ نفيَ المهر، ويحتملُ السكوتَ[3]، وقد قيل: في الميتة والسكوتِ: روايتان[4].

والأصحُّ أن الكلَّ علىٰ الخلاف[5].

قال: (فإن تزوج ذميٌّ ذميةً علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ، ثم أسلما، أو أسلم أحدُهما: فلها الخمرُ والخنزيرُ).

وفي سنن الدارقطني (٣٢٩٦): قال علي رضي الله عنه: من كانت له ذمتنا: فدمه كدمنا، وديته كديتنا. اهـ، وأبو الجنوب: ضعيف الحديث.

وأخرجه الشافعي في مسنده ٢/١٠٥، سنن البيهقي (١٥٩٣٤)، وذكره في نصب الراية ٤/٣٦٩ مختصراً، وينظر الدراية ٢/١١٥.

(١) قال في الدراية ٢/٦٤: لم أجده بهذا اللفظ، وروىٰ ابن أبي شيبة (٣٧٠١٥) من مرسل الشعبي: «كَتَبَ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم إلىٰ أهل نجران، وهم نصارىٰ: إن من بايع منكم بالربا: فلا ذمة له»، ونحوه في الأموال لأبي عبيد ص٢٤٤.

(٢) أي قول الإمام محمد رحمه الله في الجامع الصغير. البناية ٦/٢٣٢.

(٣) بأن يعقدا ويسكتا عن ذكر المهر.

(٤) أي عن أبي حنيفة رحمه الله، في رواية: يجب مهر المثل، كما قالا، وفي رواية: لا يجب شيء.

(٥) رواية واحدة، فعنده: لا شيء لها، وعندهما: لها مهر المثل.

إذا كانا بأعيانهما، وإن كانا بغير أعيانهما: فلها في الخمرِ: القيمةُ، وفي الخنزير: مهرُ المثل، وهذا كلُّه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لها مهرُ المثلِ في الوجهَيْن.

وقال محمدٌ رحمه الله: لها القيمةُ في الوجهَيْن.

ومعناه: (إذا كانا بأعيانهما)، والإسلامُ قَبْلَ القبضَ.

قال: (وإن كانا بغير أعيانهما: فلها في الخمرِ: القيمةُ، وفي الخنزير: مهرُ المثل، وهذا كلُّه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لها مهرُ المثلِ في الوجهَيْن[1].

وقال محمدٌ رحمه الله: لها القيمةُ في الوجهَيْن).

وجهُ قولِهما: أن القَبْضَ مؤكِّدٌ للملكِ في المقبوض، فيكونُ له شَبَهٌ بالعقد، فيمتنعُ بسبب الإسلام، كالعقد، وصار كما إذا كانا بغيرِ أعيانهما.

وإذا التحقتْ حالةُ القبضِ بحالة العقد: فأبو يوسف رحمه الله يقول: لو كانا مسلمَيْن وقتَ العقد: يجبُ مهرُ المثل، فكذا ها هنا.

ومحمدٌ رحمه الله يقول: صحَّتِ التسميةُ؛ لكون المسمىٰ مالاً عندهم، إلا أنه امتنع التسليمُ؛ للإسلام، فتجبُ القيمةُ، كما إذا هَلَكَ العبدُ المسمىٰ قبلَ القبض.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الملكَ في الصداقِ المعيَّنِ يَتِمُّ بنفس العقد، ولهذا تَملِكُ التصرُّفَ فيه، وبالقبض ينتقلُ من ضمانِ الزوج إلىٰ

---

(١) في العين وغير العين.

. . . .

ضمانها، وذلك لا يَمتنِعُ بالإسلام، كاسترداد الخمرِ المغصوب.

وفي غير المعيَّن: القبضُ يوجِبُ ملكَ العينِ، فيمتنعُ بالإسلام، بخلاف المشتَرَىٰ؛ لأن ملكَ التصرُّفِ فيه إنما يُستفادُ بالقبض.

وإذا تعذَّر القبضُ في غير المعيَّن[1]: لا تجبُ القيمةُ في الخنزير؛ لأنه من ذواتِ القِيَم، فيكونُ أَخْذُ قيمتِه كأخذ عينِه، ولا كذلك الخمرُ؛ لأنها[2] من ذوات الأمثال.

ألا ترىٰ أنه لو جاء بالقيمة قبلَ الإسلام: تُجبَرُ علىٰ القبول في الخنزير، دون الخمر.

ولو طلَّقها قبلَ الدخولِ بها: فمَن أوجب مهرَ المثل: أوجبَ المتعةَ، ومَن أوجب القيمةَ: أوجب نصفَها، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
نكاح الرَّقِيق

لا يجوز نكاحُ العبدِ والأمةِ إلا بإذن مولاهما، وكذلك المكاتَبُ، . .

باب
نكاح الرَّقِيق

قال: (لا يجوز نكاحُ العبدِ والأمةِ إلا بإذن مولاهما).

وقال مالكٌ[1] رحمه الله: يجوزُ للعبد؛ لأنه يَملِكُ الطلاقَ، فيملكُ النكاحَ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «أيُّما عبدٍ تزوَّج بغير إذن مولاه: فهو عاهِرٌ[2]»[3].

ولأن في تنفيذِ نكاحِهما: تعييبَهما، إذِ النكاحُ عيبٌ فيهما، فلا يَملِكَانه بدون إذنِ مولاهما.

(وكذلك المكاتَبُ)؛ لأن الكتابةَ أوجبَتْ فَكَّ الحَجْر في حَقِّ الكسب، فبقيَ في حَقِّ النكاحِ علىٰ حُكْمِ الرِّقِّ.

---

(١) لكن نصوص المالكية في هذا كالحنفية. الكافي ٢/٥٤٥، والتلقين ص٨٤.

(٢) أي زانٍ. البناية ٦/٢٣٨.

(٣) سنن الترمذي (١١١١)، وقال: حديث حسن، سنن أبي داود (٢٠٧٨)، وينظر البدر المنير ١٩/١٧٦، نصب الراية ٣/٢٠٣.

و المُدَبَّرُ، وأُمُّ الولدِ.

وإذا تزوَّج العبدُ بإذن مولاه: فالمهرُ دَيْنٌ في رقبتِه، يُباعُ فيه.

والمُدبَّرُ والمكاتَبُ يَسعيان في المهرِ، ولا يُباعان فيه.

وإذا تزوَّج العبدُ بغير إذن مولاهُ، فقال المولىٰ: طلِّقْها، أو فارِقْها: فليس هذا بإجازةٍ.

ولهذا لا يَملِكُ المكاتَبُ تزويجَ عبده، ويملِكُ تزويجَ أَمَتِه؛ لأنه من باب الاكتساب.

وكذلك المكاتَبةُ لا تملِكُ تزويجَ نفسِها بدون إذنِ المولىٰ، وتملِكُ تزويجَ أمتِها؛ لِمَا بيَّنَّا.

(و) كذلك (المُدَبَّرُ، وأُمُّ الولدِ)؛ لأن الملكَ فيهما قائمٌ.

قال: (وإذا تزوَّج العبدُ بإذن مولاه: فالمهرُ دَيْنٌ في رقبتِه، يُباعُ فيه)؛ لأنَّ هذا دَيْنٌ وَجَبَ في رقبةِ العبد؛ لوجود سببِه من أهله، وقد ظَهَرَ في حَقِّ المولىٰ؛ لصدور الإذنِ من جهته، فيتعلَّقُ برقبته؛ دفعاً للمَضرَّة عن أصحاب الديون، كما في دَيْن التجارة[1].

قال: (والمُدبَّرُ والمكاتَبُ يَسعيان في المهرِ، ولا يُباعان فيه)؛ لأنهما لا يحتملان النقلَ من مِلْكٍ إلىٰ ملكٍ مع بقاء الكتابةِ والتدبير، فيُؤدَّىٰ من كَسْبِهما، لا مِن نفسِهما.

قال: (وإذا تزوَّج العبدُ بغير إذن مولاهُ، فقال المولىٰ: طلِّقْها، أو فارِقْها: فليس هذا بإجازةٍ)؛ لأنه يحتمِلُ الردَّ؛ لأنَّ رَدَّ هذا العقدِ ومتاركتَه

---

(١) أي كما يُباع في دين التجارة.

وإن قال : طلِّقْها تطليقةً تملِكُ الرجعةَ : فهذا إجازةٌ .

ومَن قال لعبده : تزوَّجْ هذه الأمةَ ، فتزوَّجَها نكاحاً فاسداً ، ودخل بها : فإنه يُباعُ في المهر عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : يُؤخَذُ منه إذا عَتَقَ .

يُسمىٰ: طلاقاً ومفارقةً، وهو أليقُ بحال العبدِ المتمردِّ، أو هو أدنىٰ، فكان الحَمْلُ عليه أَوْلىٰ.

قال: (وإن قال: طلِّقْها تطليقةً تملِكُ الرجعةَ: فهذا إجازةٌ)؛ لأن الطلاقَ الرجعيَّ لا يكونُ إلا في نكاحٍ صحيحٍ، فتتعيَّنُ الإجازةُ.

قال: (ومَن قال لعبده: تزوَّجْ هذه الأمةَ، فتزوَّجَها نكاحاً فاسداً، ودخل بها: فإنه يُباعُ في المهر عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يُؤخَذُ منه إذا عَتَقَ).

وأصلُه[1]: أن الإذنَ في النكاحِ ينتظِمُ الفاسدَ والجائزَ عنده، فيكونُ هذا المهرُ ظاهراً في حَقِّ المولىٰ.

وعندهما: ينصرِفُ إلىٰ الجائز، لا غيرَ، فلا يكونُ ظاهراً في حَقِّ المولىٰ، فيؤاخَذُ به بعد العَتَاق.

لهما: أن المقصودَ من النكاحِ في المستقبلِ: الإعفافُ والتحصينُ، وذلك بالجائز، ولهذا لو حَلَفَ لا يتزوج: ينصرِفُ إلىٰ الجائز.

بخلاف البيع؛ لأن بعضَ المقاصدِ حاصلٌ، وهو ملكُ التصرفات.

---

(١) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

ومَن زَوَّجَ عبداً مأذوناً له، مديوناً، امرأةً: جاز، والمرأةُ أُسوةٌ للغرماء في مهرها.

ومَن زوَّج أمتَه: فليس عليه أن يُبَوِّئها بيتَ الزوج، لكنها تخدُم المولىٰ، ويُقال للزوج: متىٰ ظَفِرْتَ بها: وطئتَها.

وله: أن اللفظَ مطلَقٌ، فيُجرَىٰ علىٰ إطلاقه، كما في البيع، وبعضُ المقاصدِ في النكاح الفاسدِ حاصلٌ، كالنسب، ووجوبِ المهر، والعِدَّةِ، علىٰ اعتبار وجودِ الوطء.

ومسألةُ اليمين(١) ممنوعةٌ علىٰ هذه الطريقة(٢).

قال: (ومَن زَوَّجَ عبداً مأذوناً له، مديوناً، امرأةً: جاز، والمرأةُ أُسوةٌ للغرماء في مهرها)، ومعناه: إذا كان النكاحُ بمهر المثل.

ووَجْهُه: أن سببَ ولايةِ المولىٰ مِلْكُ الرقبةَ، علىٰ ما نذكرُه.

والنكاحُ لا يلاقي حَقَّ الغرماء بالإبطال مقصوداً، إلا أنه إذا صحَّ النكاحُ وَجَبَ الدَّيْنُ بسببٍ لا مَرَدَّ له، فشابَهَ دَيْنَ الاستهلاك، وصار كالمريض المديونِ إذا تزوج امرأةً: فبمهر مثلِها أسوةٌ للغرماء.

قال: (ومَن زوَّج أمتَه: فليس عليه أن يُبَوِّئها بيتَ الزوج، لكنها تخدُم المولىٰ، ويُقال للزوج: متىٰ ظَفِرْتَ بها: وطئتَها)؛ لأن حَقَّ المولىٰ في الاستخدام باقٍ، والتبوئةُ إبطالٌ له.

---

(١) فلو حلف ألا يتزوج: يقع عليهما، وهو الصواب، والجواب المذكور قولهما، لا قوله. اهـ كاكي. من حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٢) أي طريقة الإمام أبي حنيفة رحمه الله، وهي طريقة إجراء اللفظ المطلَق علىٰ إطلاقه، لا علىٰ الطريقة الثانية.

فإن بوَّأها معه بيتاً: فلها النفقةُ والسُّكْنىٰ، وإلا: فلا.

قال: (فإن بوَّأها معه بيتاً: فلها النفقةُ والسُّكْنىٰ، وإلا: فلا)؛ لأن النفقةَ تقابلُ الاحتباسَ.

ولو بوَّأها بيتاً، ثم بدا له أن يَستخدِمَها: له ذلك؛ لأن الحَقَّ باقٍ؛ لبقاء الملك، فلا يَسقطُ بالتبوئة، كما لا يسقطُ بالنكاح.

قال رضي الله عنه: ذَكَرَ[1] تزويجَ المولىٰ عبدَه وأمتَه، ولم يذكر رضاهما، وهذا يرجعُ إلىٰ مذهبِنا، أنَّ للمولىٰ إجبارَهما علىٰ النكاح.

وعند الشافعي[2] رحمه الله: لا إجبارَ في العبد، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن النكاحَ من خصائص الآدميَّة، والعبدُ داخلٌ تحت ملك المولىٰ، من حيث إنه مالٌ، فلا يملِكُ إنكاحَه، بخلاف الأَمَة؛ لأنه مالكٌ منافعَ بُضْعِها، فيَملِكُ تمليكَها.

ولنا: أن الإنكاحَ إصلاحُ مِلْكِه؛ لأنَّ فيه تحصينَه[3] عن الزنا، الذي هو سببُ الهلاك أو النقصانِ[4]، فيملِكُه؛ اعتباراً بالأمة.

بخلاف المكاتَبِ والمكاتَبة؛ لأنهما التحقَا بالأحرار تصرُّفاً، فيُشترطُ رضاهما.

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله في الجامع الصغير ص١٠٧. البناية ٢٤٥/٦.

(٢) قولان للشافعي: يجبر، ولا يجبر. الحاوي الكبير ٧٤/٩.

(٣) أي تحصين العبد.

(٤) وفي نُسخ: والنقصان.

ومَن زوَّج أمتَه، ثم قتَلَها قبلَ أن يَدخُلَ بها زوجُها: فلا مهرَ لها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يجب عليه المهرُ لمولاها.

وإن قَتَلَتْ حُرَّةٌ نفسَها قبلَ أن يدخلَ بها زوجُها: فلها المهرُ، في قولهم جميعاً.

قال: (ومَن زوَّج أمتَه، ثم قتَلَها[١] قبلَ أن يَدخُلَ بها زوجُها: فلا مهرَ لها عند أبي حنيفة رحمه الله[٢]).

وقالا: يجب عليه المهرُ لمولاها)؛ اعتباراً بموتها حَتْفَ أنفِها.

وهذا لأن المقتولَ ميِّتٌ بأجلِه، فصار كما إذا قتَلَها أجنبيٌّ.

وله: أنه مَنَعَ المُبدَلَ قبلَ التسليم، فيُجازَىٰ بمنع البدل، كما إذا ارتدَّتِ الحرةُ، والقتلُ في حقِّ أحكام الدنيا جُعلَ إتلافاً[٣]، حتىٰ وَجَبَ القصاصُ والديةُ، فكذا في حقِّ المهر[٤].

قال: (وإن قَتَلَتْ حُرَّةٌ نفسَها قبلَ أن يدخلَ بها زوجُها: فلها المهرُ، في قولهم جميعاً).

خلافاً لزفر رحمه الله، هو يعتبرُه بالرِّدَّة، وبقتل المولىٰ أمتَه، والجامعُ: ما بيَّنَّاه.

ولنا: أن جنايةَ المرءِ علىٰ نفسِه غيرُ معتبرةٍ في حَقِّ أحكام الدنيا، فشابه موتَها حَتْفَ أنفِها.

---

(١) أي قتَلَها مولاها.

(٢) وفي بعض النُّسخ: عند أبي حنيفة لمولاها. اهـ، وأما العلامة سعدي جلبي فقد شطب علىٰ كلمة: لمولاها: بقلمه في نسخته الخاصة.

(٣) لا موتاً. حاشية سعدي.

(٤) لأنه من أحكام الدنيا.

وإذا تزوَّج أمةً : فالإذنُ في العَزْل إلىٰ المولىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله .

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : أن الإذنَ في العَزْل إليها .

وإنْ تزوَّجت أَمَةٌ بإذن مولاها، ثم أُعتِقَتْ : فلها الخيارُ، حُرّاً كان زوجُها أو عبداً، ولها فَسْخُ النكاحِ من غير قضاءٍ .

بخلاف قَتْلِ المولىٰ أمتَه؛ لأنه معتبرٌ في حَقِّ أحكامِ الدنيا، حتىٰ تجبُ الكفارةُ عليه.

قال: (وإذا تزوَّج أمةً: فالإذنُ في العَزْل إلىٰ المولىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعند أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله: أن الإذنَ في العَزْل إليها)؛ لأن الوطءَ حَقُّها، حتىٰ تثبتُ لها ولايةُ المطالبة، وفي العَزْل تنقيصُ حقِّها، فيُشترطُ رضاها، كما في الحرة.

بخلاف الأمةِ المملوكة؛ لأنه لا مطالبةَ لها، فلا يُعتبرُ رضاها.

وَجْهُ ظاهرِ الرواية: أن العَزْلَ يُخِلُّ بمقصود الولد، وهو حَقُّ المولىٰ، فيُعتبرُ رضاه، وبهذا فارقَتِ الحُرَّةَ.

قال: (وإنْ تزوَّجت أَمَةٌ بإذن مولاها، ثم أُعتِقَتْ: فلها الخيارُ، حُرّاً كان زوجُها أو عبداً، ولها فَسْخُ النكاحِ من غير قضاءٍ[1])؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لبَرِيرَةَ حين عَتَقَتْ: «مَلَكْتِ بُضْعَكِ، فاختاري»[2].

---

(١) وفي بداية المبتدي ص٢٢٧: من غير قضاء القاضي.

(٢) سنن الدارقطني (٣٧٦٠)، طبقات ابن سعد ٨/٢٠٤، مرسل عن الشعبي، وبمعناه في صحيح البخاري (١٤٩٣)، وصحيح مسلم (١٥٠٤).

وكذلك المكاتَبةُ.

وإن تزوَّجت أمةٌ بغير إذن مولاها، ثم أُعتِقَت: صحَّ النكاحُ، ولا خيارَ لها.

فالتعليلُ بمِلك البُضْع صَدَرَ مطلَقاً، فيَنتظِمُ الفصلَيْن[1].

والشافعيُّ[2] رحمه الله يخالِفُنا فيما إذا كان زوجُها حُرَّاً.

وهو محجوجٌ به[3].

ولأنه يزدادُ الملكُ عليها عند العتق، فيملِكُ الزوجُ عليها بعدَه ثلاثَ تطليقات، فتَملِكُ رَفْعَ أصلِ العقد؛ دفعاً للزيادة.

قال: (وكذلك المكاتَبةُ)، يعني إذا تزوَّجت بإذن مولاها، ثم عَتَقَت[4].

وقال زفر رحمه الله: لا خيارَ لها؛ لأن العقدَ نَفَذَ عليها برضاها، وكان المهرُ لها، فلا معنىً لإثبات الخيار، بخلاف الأمة؛ لأنه لا يُعتبرُ رضاها.

ولنا: أن العِلَّةَ ازديادُ الملك، وقد وجدناها في المكاتبة؛ لأن عِدَّتَها: قُرْءان، وطلاقَها: ثنتان.

قال: (وإن تزوَّجتْ أمةٌ بغير إذن مولاها، ثم أُعتِقَت: صحَّ النكاحُ)؛ لأنها من أهل العبارة، وامتناعُ النفوذِ: لحَقِّ المولىٰ، وقد زال.

(ولا خيارَ لها)؛ لأن النفوذَ بعد العتق، فلا تتحقَّقُ زيادةُ الملك، كما إذا زَوَّجتْ نفسَها بعد العتق.

---

(١) أي حراً كان أو عبداً.

(٢) التنبيه ١/١٦٣.

(٣) أي بحديث بريرة رضي الله عنها.

(٤) بأداء بدل الكتابة: كان لها الخيار، سواء كان زوجها حراً أو عبداً. البناية ٦/٢٥٥.

فإن كانت تزوَّجت بغير إذنه علىٰ ألفٍ، ومهرُ مثلِها مائةٌ، فدخل بها زوجُها، ثم أعتقها مولاها : فالمهرُ للمولىٰ.

وإن لم يدخل بها حتىٰ أعتقها مولاها : فالمهرُ لها.

ومَن وطئ أَمَةَ ابنِه، فولدت منه : فهي أُمُّ ولدٍ له، وعليه قيمتُها، ولا مهرَ عليه.

قال: (فإن كانت تزوَّجتْ بغير إذنه علىٰ ألفٍ، ومهرُ مثلِها مائةٌ، فدخل بها زوجُها، ثم أعتقها مولاها: فالمهرُ للمولىٰ)؛ لأنه استوفىٰ منافعَ مملوكةً للمولىٰ[1].

(وإن لم يدخل بها حتىٰ أعتقها مولاها: فالمهرُ لها)؛ لأنه استوفىٰ منافعَ مملوكةً لها.

والمرادُ بالمهر: الألفُ المسمَّىٰ؛ لأن نفاذَ العقدِ بالعتق استند إلىٰ وقتِ وجودِ العقد، فصحَّتِ التسميةُ، ووَجَبَ المسمىٰ.

ولهذا لم يجب مهرٌ آخَرُ بالوطء في نكاحٍ موقوفٍ؛ لأن العقدَ قد اتَّحَدَ باستناد النَّفاذ، فلا يوجِبُ إلا مهراً واحداً.

قال: (ومَن وطئ أَمَةَ ابنِه، فولدت منه: فهي أُمُّ ولدٍ له، وعليه قيمتُها، ولا مهرَ عليه).

ومعنىٰ المسألة: أن يدَّعِيَه الأبُ.

---

(١) وفي حاشية نسخة سعدي لَحَقٌ فيه زيادةٌ بغير خطه كُتب عليها: صح، كما يلي: وكان ينبغي أن يجب مهران، لكن استحساناً أوجبنا مهراً واحداً؛ لأن العقد استند جوازُه إلىٰ الأصل. اهـ

ولو كان الابنُ زوَّجها إيَّاه، فوَلَدَتْ منه: لم تَصِرْ أُمَّ ولدٍ له، ولا قيمةَ عليه، وعليه المهرُ، وولدُها حُرٌّ.

ووجهُه: أن له ولايةَ تملُّكِ مال ابنه؛ للحاجة إلىٰ البقاء، فله تملُّكُ جاريتِه للحاجة إلىٰ صيانة الماء، غيرَ أن الحاجةَ إلىٰ إبقاءِ نَسْلِه: دونَها إلىٰ إبقاء نفسِه، فلهذا يتملَّكُ الجاريةَ بالقيمة، والطعامَ بغير القيمة.

ثم هذا الملكُ يثبتُ قُبَيْلَ الاستيلادِ شرطاً له، إذِ المُصَحِّحُ[١] حقيقةُ الملكِ، أو حقُّه، وكلُّ ذلك غيرُ ثابتٍ للأب فيها، حتىٰ يجوزُ له التزوجُ بها، فلا بدَّ من تقديمه، فتبيَّنَ أن الوطءَ يلاقي ملكَه، فلا يلزمُه العُقْرُ.

وقال زفر والشافعيُّ[٢] رحمهما الله: يجبُ المهرُ؛ لأنهما يُثبِتان الملكَ حكماً للاستيلاد، كما في الجارية المشتركة، وحُكْمُ الشيءِ يَعقُبُه، والمسألةُ معروفةٌ.

قال: (ولو كان الابنُ زوَّجها إيَّاه[٣]، فوَلَدَتْ منه[٤]: لم تَصِرْ أُمَّ ولدٍ له، ولا قيمةَ عليه، وعليه المهرُ، وولدُها حُرٌّ)؛ لأنه صحَّ التزوُّج عندنا.

خلافاً للشافعي[٥] رحمه الله؛ لخُلُوِّها عن مِلْكِ الأب، ألا يُرىٰ أن الابنَ مَلَكَها من كلِّ وجهٍ، فمِن المُحَال أن يَملِكَها الأبُ من وجهٍ.

---

(١) وفي نُسخ: المبيحُ.

(٢) حاشية الجمل علىٰ شرح المنهج ٤/٢٥٣، الحاوي الكبير ٩/١٧٥.

(٣) وفي نُسَخ: أباه. قلت: المعنىٰ واحدٌ.

(٤) أي من الأب.

(٥) فعنده لا يجوز تزوجه جارية الابن. ينظر المهذب ٢/٤٤٥.

وإذا كانت الحُرَّةُ تحتَ عبدٍ، فقالت لمولاه: أعتِقْه عني بألفٍ، ففعل: فَسَدَ النكاحُ، حتىٰ يكونُ الوَلاءُ له.

وكذا يَملِكُ من التصرفات ما لا يبقىٰ معها مِلْكُ الأبِ لو كان، فدلَّ ذلك علىٰ انتفاء ملكِه، إلا أنه يَسقطُ الحدُّ للشبهة.

فإذا جاز النكاحُ: صارَ ماؤه مَصُوناً به، فلم يثبت ملكُ اليمين، فلا تصيرُ أمَّ ولدٍ له، ولا قيمةَ عليه فيها، ولا في ولدها؛ لأنه لم يملِكْهما، وعليه المهرُ؛ لالتزامه بالنكاح.

وولدُها حُرٌّ؛ لأنه مَلَكَه أخوه، فعتَقَ عليه بالقرابة.

قال: (وإذا كانت الحُرَّةُ تحتَ عبدٍ، فقالت لمولاه: أعتِقْه عني بألفٍ، ففعل: فَسَدَ النكاحُ[1]).

وقال زفر رحمه الله: لا يفسُدُ.

وأصلُه: أنه يقعُ العتقُ عن الآمِرِ عندنا، (حتىٰ يكونُ الوَلاءُ له).

ولو نوىٰ به الكفارةَ: يَخرُجُ عن عُهدتها.

وعنده: يقعُ عن المأمور؛ لأنه طَلَبَ أن يَعْتِقَ المأمورُ عبدَه عنه، وهذا مُحَالٌ؛ لأنه لا عِتْقَ فيما لا يَملِكُه ابنُ آدم، فلم يَصِحَّ الطلبُ، فيَقَعُ العِتْقُ عن المأمور.

ولنا: أنه أمكن تصحيحُه بتقديم الملكِ بطريق الاقتضاء، إذِ الملكُ شَرْطٌ لصحة العتقِ عنه، فيصيرُ قولُه: أعتِقْ: طَلَبَ التمليكِ منه بالألف، ثم أَمرَه بإعتاق عبدِ الآمر عنه.

---

(١) وجاءت العبارة في بداية المبتدي ص٢٢٨ هكذا: والولاءُ لها.

ولو قالت: أعتِقْه عني، ولم تُسَمِّ مالاً، ففَعَلَ: لم يَفسُدِ النكاحُ، والولاءُ للمعتِق، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هذا والأولُ سواءٌ.

وقولُه: أعتقتُ: تمليكاً منه، ثم الإعتاق[1] عنه، وإذا ثبت الملكُ للآمر: فَسَدَ النكاحُ، للتنافي بين الملكَيْن.

قال: (ولو قالت: أعتِقْه عني، ولم تُسَمِّ مالاً، ففَعَلَ: لم يَفسُدِ النكاحُ، والولاءُ للمعتِق، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هذا والأولُ سواءٌ)؛ لأنه يُقَدِّمُ[2] التمليكَ بغير عوضٍ؛ تصحيحاً لتصرُّفه، ويُسقِطُ اعتبارَ القبض، كما إذا كان عليه كفارةُ ظهارٍ، فأَمَرَ غيرَه أن يُطعِمَ عنه.

ولهما: أن الهبةَ من شَرْطِها القبضُ بالنص[3]، فلا يُمكِنُ إسقاطُه، ولا إثباتُه اقتضاءً؛ لأنه فِعْلٌ حسِّيٌّ، بخلاف البيع؛ لأنه تصرُّفٌ شرعيٌّ.

وفي تلك المسألة: الفقيرُ يَنوبُ عن الآمِرِ في القبض، أما العبدُ: فلا يقعُ في يدِه شيءٌ لينوبَ عنه، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) بالنصب، علىٰ أنه خبر: صار، أي ثم يصير قول المأمور: أعتقتُ: إعتاقاً عن الآمر. البناية ٦/٢٦٢.

(٢) أي لأن أبا يوسف رحمه الله يُقدِّم. العناية ٣/٢٨٢.

(٣) قال في البناية ٦/٢٦٤: وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «لا تصح الهبة إلا مقبوضةً»، وبلفظ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضةً»: قال في نصب الراية ٤/١٢١: غريبٌ، وروي موقوفاً، وفي الدراية ٢/١٨٣: لم أجده، وينظر التعريف والإخبار ٢/٤٥٥.

باب
نكاح أهلِ الشِّرْكِ

وإذا تزوَّج الكافرُ بغير شهودٍ، أو في عِدَّةِ كافرٍ، وذلك في دِينهم جائزٌ، ثم أسلما: أُقِرَّا عليه.

باب
نكاح أهلِ الشِّرْكِ

قال: (وإذا تزوَّج الكافرُ بغير شهودٍ، أو في عِدَّةِ كافرٍ، وذلك في دِينهم جائزٌ، ثم أسلما: أُقِرَّا عليه)، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال زفر رحمه الله: النكاحُ فاسدٌ في الوجهَيْن، إلا أنه لا يُتعَرَّضُ لهم قبلَ الإسلام، والمرافعةِ[1] إلىٰ الحُكَّام.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول: كما قال أبو حنيفة رحمه الله، وفي الوجه الثاني: كما قال زفر رحمه الله.

له[2]: أن الخطاباتِ[3] عامةٌ، علىٰ ما مَرَّ من قبل، فتلزمُهم[4].

---

(١) أي وقبل المرافعة.

(٢) أي للإمام زفر رحمه لله.

(٣) مثل قوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾. البقرة/٢٣٥، وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾. المائدة/٤٩، وقوله صلىٰ اله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بشهود».

(٤) أي الخطابات.

فإذا تزوَّجَ المجوسيُّ أُمَّه، أو ابنتَه، ثم أسلما: فُرِّقَ بينهما.

وإنما لا يُتَعَرَّضُ لهم؛ لذِمَّتهم، إعراضاً، لا تقريراً، فإذا ترافَعُوا، أو أسلموا والحُرْمَةُ قائمةٌ: وَجَبَ التفريقُ.

ولهما: أن حُرْمَةَ نكاحِ المعتدة: مُجمَعٌ عليها، فكانوا ملتزِمِيْنَ لها، وحُرْمَةَ النكاحِ بغير شهودٍ: مُختَلَفٌ فيها، ولم يلتزموا أحكامَنا بجميع الاختلافات.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الحُرمةَ لا يُمكِنُ إثباتُها حقاً للشرع؛ لأنهم لا يُخاطَبون بحقوقه[١].

ولا وجهَ إلىٰ إيجاب العِدَّةِ حقاً للزوج؛ لأنه لا يَعتقِدُه، بخلاف ما إذا كانت تحتَ مسلمٍ؛ لأنه يَعتقِدُه.

وإذا صحَّ النكاحُ، فحالةُ المرافعةِ والإسلامِ: حالةُ البقاء، والشهادةُ ليست شَرْطاً فيها[٢].

وكذا العِدَّةُ لا تُنافيها، كالمنكوحة إذا وُطئت بشُبْهةٍ.

قال: (فإذا تزوَّجَ المجوسيُّ أُمَّه، أو ابنتَه، ثم أسلما: فُرِّقَ بينهما)؛ لأنَّ نكاحَ المَحارمِ: له حُكْمُ البطلان فيما بينهم عندهما، كما ذكرنا في العدة، ووَجَبَ التعرُّضُ بالإسلام، فيُفرَّق.

---

(١) أي حقوق الشرع. البناية ٦/٢٦٦.

(٢) أي في حالة البقاء.

ولا يجوز أن يَتزوجَ المرتدُّ مسلمةً، ولا كافرةً، ولا مرتدَّةً.

وعنده[١]: له[٢] حُكْمُ الصحة، في الصحيح، إلا أن المَحْرَميَّةَ تنافي بقاءَ النكاح، فيُفرَّقُ، بخلاف العدة؛ لأنها لا تنافيه.

ثم بإسلام أحدِهما: يُفَرَّق بينهما.

وبمرافعة أحدِهما: لا يُفَرَّق عنده، خلافاً لهما.

والفَرْقُ: أن استحقاقَ أحدِهما لا يَبطُلُ بمرافعة صاحبِه، إذْ لا يَتغيَّرُ به اعتقادُه، أما اعتقادُ المُصِرِّ بالكفر[٣]: لا يُعارِضُ إسلامَ المسلم؛ لأن «الإسلامَ يَعلُو، ولا يُعلَىٰ»[٤].

ولو ترافَعَا: يُفرَّق، بالإجماع؛ لأن مرافعتَهما: كتحكيمهما[٥].

قال: (ولا يجوز أن يَتزوجَ المرتدُّ مسلمةً، ولا كافرةً، ولا مرتدَّةً)؛ لأنه مستَحِقٌّ للقتل، والإمهالُ: ضرورةَ التأمُّلِ، والنكاحُ يَشْغَلُه عنه، فلا يُشرَعُ في حقِّه.

---

(١) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) أي نكاح المحارم.

(٣) لفظ: بالكفر: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٤) رواه البخاري ٢١٨/٣ معلَّقاً، والدارقطني (٣٦٢٠) مرفوعاً بسند حسن، كما في فتح الباري ٢٢٠/٣، والطبراني في الأوسط (٥٩٩٦)، ينظر الدراية ٦٦/٢.

(٥) يعني إذا حكَّما رجلاً، وطَلَبَا منه حكمَ الإسلام: له أن يُفرِّقَ بينهما، فالقاضي أَوْلىٰ بذلك.

وكذا المرتدَّةُ لا يَتزوَّجها مسلمٌ، ولا كافرٌ.

فإن كان أحدُ الزوجين مسلماً: فالولدُ علىٰ دِينه.

وكذلك إن أسلم أحدُهما وله ولدٌ صغيرٌ: صار ولدُه مسلماً بإسلامه.

ولو كان أحدُهما كتابياً، والآخَرُ مجوسياً: فالولدُ كتابيٌّ، حتىٰ تجوزُ للمسلم مناكحتُه، وتَحِلُّ ذبيحته.

(وكذا المرتدَّةُ لا يَتزوَّجها مسلمٌ، ولا كافرٌ)؛ لأنها محبوسةٌ للتأمُّلِ، وخدمةُ الزوجِ تَشغَلُها عنه[1].

ولأنه لا تنتظمُ بينهما المَصالِحُ، والنكاحُ ما شُرِعَ لعَيْنِه، بل لمَصالِحِه.

قال: (فإن كان أحدُ الزوجين مسلماً: فالولدُ علىٰ دِينه.

وكذلك إن أسلم أحدُهما وله ولدٌ صغيرٌ: صار ولدُه مسلماً بإسلامه)؛ لأن في جَعْله تَبَعاً له: نَظَراً له.

قال: (ولو كان أحدُهما[2] كتابياً، والآخَرُ مجوسياً: فالولدُ كتابيٌّ، حتىٰ تجوزُ للمسلم مناكحتُه، وتَحِلُّ ذبيحته)؛ لأنَّ فيه نوعَ نظرٍ له، إذِ المجوسيةُ شرٌّ.

والشافعيُّ[3] رحمه الله يخالِفُنا فيه[4]؛ للتعارض، ونحن بيَّنَّا الترجيحَ.

---

(١) أي عن التأمل.

(٢) أي أحد الزوجين.

(٣) أسنىٰ المطالب ٤/١٢٣.

(٤) أي في جعل الولد تبعاً للكتابي؛ للتعارض؛ لأن جعله تبعاً للكتابي: يوجب=

وإذا أسلمتِ المرأةُ وزوجُها كافرٌ: عَرَضَ القاضي عليه الإسلامَ، فإن أسلم: فهي امرأتُه، وإن أبىٰ: فَرَّقَ القاضي بينهما، وكان ذلك طلاقاً بائناً عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وإن أسلم الزوجُ وتحتَه مجوسيةٌ: عُرِضَ عليها الإسلامُ، فإن أسلمت: فهي امرأتُه، وإن أَبَتْ: فَرَّقَ القاضي بينهما، ولم تكنِ الفُرقةُ بينهما طلاقاً.

قال: (وإذا أسلمتِ المرأةُ وزوجُها كافرٌ: عَرَضَ القاضي عليه الإسلامَ، فإن أسلم: فهي امرأتُه، وإن أبىٰ: فَرَّقَ القاضي بينهما، وكان ذلك طلاقاً بائناً[١] عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وإن أسلم الزوجُ وتحتَه مجوسيةٌ: عُرِضَ عليها الإسلامُ، فإن أسلمت: فهي امرأتُه، وإن أَبَتْ: فَرَّقَ القاضي بينهما، ولم تكنِ الفُرقةُ بينهما طلاقاً).

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تكونُ الفُرقةُ طلاقاً في الوجهين.

أما العَرْض[٢]: فمذهبُنا.

وقال الشافعي[٣] رحمه الله: لا يُعرَضُ الإسلامُ؛ لأن فيه تعرُّضاً لهم،

حِلَّ الذبيحة والنكاح، وجعله تبعاً للمجوسي: لا يوجب ذلك، فوقع التعارض، إذ الكفر كله ملة واحدة، والترجيح للمحرِّم. البناية ٦/٢٧٠.

(١) لفظ: بائناً: مثبتٌ في نسخة بداية المبتدي ٦٣٣هـ.

(٢) أي عرض الإسلام.

(٣) روضة الطالبين ١٠/٧٤.

ثم إذا فَرَّق القاضي بينهما بإبائها : فلها المهرُ إن كان دَخَلَ بها .

وإن لم يكن دَخَلَ بها : فلا مهرَ لها .

وقد ضَمِنَّا بعقد الذمةِ أنْ لا نتعرَّضَ لهم، إلا أنَّ مِلْكَ النكاحِ قبلَ الدخول غيرُ متأكِّدٍ، فينقطعُ بنفس الإسلام، وبعدَه: متأكِّدٌ[1]، فيتأجَّلُ إلىٰ انقضاء ثلاثِ حِيَضٍ، كما في الطلاق.

ولنا: أن المقاصدَ قد فاتتْ، فلا بدَّ من سببٍ تُبْتَنىٰ عليه الفرقةُ، والإسلامُ طاعةٌ، لا يصلُحُ سبباً لها[2]، فيُعرَضُ الإسلامُ؛ لتحصُلَ المقاصدُ بالإسلام، أو تثبتَ الفُرقةُ بالإباء.

وجهُ قولِ أبي يوسف رحمه الله: أن الفُرقةَ بسببٍ يَشتركُ فيه الزوجان، فلا يكون طلاقاً، كالفرقةِ بسببِ الملك.

ولهما: أن بالإباء[3] امتنع الزوجُ عن الإمساك بالمعروف، مع قدرتِه عليه بالإسلام، فينوبُ القاضي مَنابَه في التسريح، كما في الجَبِّ، والعُنَّة.

أما المرأةُ فليست بأهلٍ للطلاق، فلا ينوبُ القاضي مَنابَها عند إبائها.

قال: (ثم إذا فَرَّق القاضي بينهما بإبائها: فلها المهرُ إن كان دَخَلَ بها)؛ لتأكُّدِ المهر بالدخول.

(وإن لم يكن دَخَلَ بها: فلا مهرَ لها)؛ لأن الفُرقةَ من قِبَلها، والمهرُ

---

(١) فلا يرتفع بنفس اختلاف الدِّيْن، فيتأجَّلُ التفريق إلىٰ انقضاء ثلاث حِيَض.

(٢) أي سبباً للفرقة.

(٣)أي بإباء الزوج.

وإذا أسلمَتِ المرأةُ في دارِ الحربِ وزوجُها كافرٌ، أو أسلم الحربيُّ وتحتَه مجوسيةٌ: لم تَقَعِ الفُرقةُ بينهما حتىٰ تحيضَ ثلاثَ حِيَضٍ، ثم تَبِيْنُ من زوجها.

لم يتأكَّد، فأشبه الرِّدَّةَ، والمُطاوِعةَ[١].

قال: (وإذا أسلمَتِ المرأةُ في دارِ الحربِ وزوجُها كافرٌ، أو أسلم الحربيُّ وتحتَه مجوسيةٌ: لم تَقَعِ الفُرقةُ بينهما حتىٰ تحيضَ ثلاثَ حِيَضٍ، ثم تَبِيْنُ من زوجها).

وهذا لأن الإسلامَ ليس سبباً للفُرقة، والعَرْضُ علىٰ الإسلام متعذِّرٌ؛ لقصور الولاية.

ولا بدَّ من الفُرْقة؛ دفعاً للفساد، فأقَمْنا شَرْطَها، وهو مُضِيُّ ثلاثِ حِيَضٍ مُقامَ السببِ، كما في حَفْر البئر.

ولا فَرْقَ بين المَدخول بها، وغيرِ المَدخول بها.

والشافعيُّ رحمه الله يَفصِلُ[٢]، كما مَرَّ له[٣] في دار الإسلام.

---

(١) بفتح الواو، وكسرها: بأن مكَّنَتْ نفسَها من ابنِ زوجِها قبل الدخول. البناية ٦/٢٧٤.

(٢) حيث يقول: إن كان قبل الدخول: تقع الفرقة في الحال، وإن كان بعد الدخول: تتوقف علىٰ انقضاء ثلاث حِيَض. البناية ٦/٢٧٥، التنبيه في الفقه الشافعي ١/١٦٤.

(٣) أي للإمام الشافعي رحمه الله، من قوله: فإن كان قبل الدخول... بالتفصيل المذكور. البناية ٦/٢٧٥.

وإذا أسلم زوجُ الكتابية : فهما علىٰ نكاحِهما .

وإذا خَرَجَ أحدُ الزوجَيْن إلينا من دار الحربِ مسلماً : وقعتِ البينونةُ بينهما .

ولو سُبِيَ أحدُ الزوجَيْن : وَقَعَتِ البينونةُ بينهما .

وإن سُبِيَا معاً : لم تقعِ البينونةُ .

وإذا وَقَعَتِ الفرقةُ، والمرأة حربيةٌ: فلا عِدَّةَ عليها.

وإن كانت هي المسلمةُ: فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، وسيأتيكَ من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإذا أسلم زوجُ الكتابية: فهما علىٰ نكاحِهما)؛ لأنه يصحُّ النكاحُ بينهما ابتداءً، فلأنْ يبقىٰ أَوْلىٰ.

قال: (وإذا خَرَجَ أحدُ الزوجَيْن إلينا من دار الحربِ مسلماً: وقعتِ البينونةُ بينهما).

وقال الشافعي[(١)] رحمه الله: لا تقعُ.

قال: (ولو سُبِيَ أحدُ الزوجَيْن: وَقَعَتِ البينونةُ بينهما.

وإن سُبِيَا معاً: لم تقعِ البينونةُ).

وقال الشافعي[(٢)] رحمه الله: وَقَعَتْ بغير طلاق[(٣)].

---

(١) الأم ٧/ ٣٨٠.

(٢) العزيز ١١/٤١٦.

(٣) قوله: بغير طلاق: مثبتٌ في نُسخ، دون أخرىٰ.

وإذا خرجتِ المرأةُ إلينا مهاجِرَةً: جاز لها أن تتزوَّج، ولا عِدَّةَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: عليها العدةُ.

فالحاصلُ: أن السببَ هو التباينُ عندنا، دون السَّبْيِ، وهو[١] يعكِسُه.

له: أن التباينَ أثرُه في انقطاعِ الولاية، وذلك لا يُؤثِّرُ في الفُرقة، كالحربيِّ المستأمِن، والمسلمِ المستأمِن[٢].

أما السَّبْيُ: فيقتضي الصفاءُ[٣] للسَّابي، ولا يتحقَّقُ إلا بانقطاع النكاح، ولهذا يسقطُ الدَّيْنُ عن ذِمَّة المَسْبِيِّ.

ولنا: أنَّ مع التباينِ حقيقةً وحُكماً: لا تنتظمُ المصالحُ، فشابَهَ المَحرميَّةَ، والسبيُ يوجِبُ ملكَ الرقبة، وهو لا ينافي النكاحَ ابتداءً، فكذلك بقاءً، فصار كالشراء.

ثم هو يقتضي الصفاءَ في مَحَلِّ عملِه، وهو المالُ، لا في محلِّ النكاح.

وفي المستأمِن: لم تتباينِ الدارُ حُكماً؛ لقصدِه الرجوعَ.

قال: (وإذا خرجتِ المرأةُ إلينا مهاجِرَةً: جاز لها أن تتزوَّج، ولا عِدَّةَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: عليها العدةُ)، لأن الفرقةَ وَقَعَتْ بعدَ الدخولِ في دار الإسلام، فيلزمُها حكمُ الإسلام.

---

(١) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٢) أي إذا دَخَلَ دارَهم.

(٣) أي صفاء السبي، وخُلوص الملك في المسبي للسابي.

وإن كانت حامِلاً : لم تتزوَّجْ حتىٰ تَضَعَ حَمْلَها .

وإذا ارتدَّ أحدُ الزوجَيْن عن الإسلام، والعِيَاذُ بالله : وَقَعَتِ الفُرقةُ بغير طلاق .

وقال محمدٌ رحمه الله : إن كانت الردَّةُ من الزوج : فهي فُرقةٌ بطلاقٍ .

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنها أثرُ النكاحِ المتقدِّم، وجبتْ إظهاراً لخطَرِه، ولا خَطَرَ لمِلْكِ الحربيِّ، ولهذا لا تجبُ العِدَّةُ علىٰ المَسبيَّة.

قال: (وإن كانت حامِلاً: لم تتزوَّجْ حتىٰ تَضَعَ حَمْلَها).

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يصحُّ النكاحُ، ولا يَقرَبُها زوجُها حتىٰ تضعَ حملَها، كما في الحُبْلىٰ من الزنا.

وجهُ الأول: أنه ثابتُ النسب، فإذا ظَهَرَ الفراشُ في حَقِّ النسب: يظهرُ في حقِّ المنع من النكاح؛ احتياطاً.

قال: (وإذا ارتدَّ أحدُ الزوجَيْن عن الإسلام، والعِيَاذُ بالله: وَقَعَتِ الفُرقةُ بغير طلاق)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(وقال محمدٌ رحمه الله: إن كانت الردَّةُ من الزوج: فهي فُرقةٌ بطلاقٍ).

هو يعتبرُه بالإباء، والجامعُ ما بيَّنَّاه.

وأبو يوسف رحمه الله: مرَّ علىٰ ما أصَّلْنا له في الإباء.

وأبو حنيفة رحمه الله: فرَّق بينهما[1].

---

(١) أي بين الإباء والردة.

ثم إن كان الزوجُ هو المرتدُّ : فلها كلُّ المهرِ إن دَخَلَ بها، ونصفُ المهر إن لم يدخل بها.

وإن كانت هي المرتدَّةُ : فلها كلُّ المهرِ إن دَخَلَ بها، وإن لم يدخل بها : فلا مهرَ لها، ولا نفقةَ.

وإذا ارتدَّا معاً، ثم أسلما معاً : فهما علىٰ نكاحهما.

ووَجْهُ الفَرْقِ: أن الردَّةَ منافيةٌ للنكاح؛ لكونها منافيةً للعصمة، والطلاقُ رافِعٌ، فتعذَّرَ أن تُجعَلَ طلاقاً.

بخلاف الإباء؛ لأنه يُفوِّتُ الإمساكَ بالمعروف، فيجبُ التسريحُ بالإحسان، علىٰ ما مرَّ.

ولهذا تتوقَّف الفُرقةُ بالإباء علىٰ القضاء، ولا تتوقَّفُ بالردة.

قال: (ثم إن كان الزوجُ هو المرتدُّ: فلها كلُّ المهرِ إن دَخَلَ بها، ونصفُ المهر إن لم يدخل بها.

وإن كانت هي المرتدَّةُ: فلها كلُّ المهرِ إن دَخَلَ بها، وإن لم يدخل بها: فلا مهرَ لها، ولا نفقةَ)؛ لأن الفُرْقةَ من قِبَلِها.

قال: (وإذا ارتدَّا معاً، ثم أسلما معاً: فهما علىٰ نكاحهما)؛ استحساناً.

وقال زفر رحمه الله: يبطلُ بالردة؛ لأن ردَّةَ أحدِهما منافيةٌ، وفي ردتهما: ردَّةُ أحدِهما.

ولنا: ما رُوي أن بني حَنِيْفَةَ ارتدُّوا، ثم أسلموا، ولم يأمرهمُ الصحابةُ

ولو أسلم أحدُهما بعد الارتدادِ قبلَ الآخر : فَسَدَ النكاحُ بينهما .

رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة[١]، والارتدادُ منهم واقعٌ معاً؛ لجهالة التاريخ.

قال: (ولو أسلم أحدُهما بعد الارتدادِ قبلَ الآخَر: فَسَدَ النكاحُ بينهما)؛ لإصرار الآخَرِ علىٰ الردَّةِ؛ لأنه مُنَافٍ، كابتدائها، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) قال في نصب الراية ٢١٣/٣: غريبٌ، وقال ابن حجر في الدراية ٦٦/٢: مأخوذٌ من الاستقراء.

باب القَسْم

وإذا كان للرجل امرأتان حُرَّتان: فعليه أن يَعْدِلَ بينهما في القَسْم، بِكْرَيْن كانتا، أو ثَيِّبَيْن، أو كانت إحداهما بِكْراً، والأخرىٰ ثيِّباً.

باب القَسْم

قال: (وإذا كان للرجل امرأتان حُرَّتان: فعليه أن يَعْدِلَ بينهما في القَسْم، بِكْرَيْن كانتا، أو ثَيِّبَيْن، أو كانت إحداهما بِكْراً، والأخرىٰ ثيِّباً).

لقول النبيِّ عليه الصلاة والسلام: «مَن كانت له امرأتان، ومالَ إلىٰ إحداهما في القَسْم: جاء يومَ القيامةِ وشِقُّه مائلٌ[1]»[2].

وعن عائشةَ رضي الله عنها أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام كان يَعدِلُ في القَسْم بين نسائه، وكان يقولُ: «اللهمَّ هذا قَسْمي فيما أملِكُ، فلا تؤاخِذْني فيما لا أملِك»[3]، يعني زيادةَ المحبةِ، ولا فَصْلَ فيما روينا.

والقديمةُ، والجديدةُ فيه: سواءٌ؛ لإطلاق ما روينا.

ولأن القَسْمَ من حقوقِ النكاح، ولا تفاوُتَ بينهنَّ في ذلك.

---

(١) أي مفلوجٌ. حاشية سعدي، نقلاً الزيلعي في تبيين الحقائق ١٧٩/٢.

(٢) سنن أبي داود (٢١٣٣)، سنن الترمذي (١١٤١)، وصححه ابن حبان (٤٢٠٥)، وينظر التلخيص الحبير٢٠١/٣، نصب الراية ٢١٤/٣.

(٣) سنن أبي داود (٢١٣٤)، سنن الترمذي (١١٤٠)، وصححه ابن حبان (٤٢٠٥)، الدراية ٦٦/٢.

وإن كانت إحداهما حُرَّةً، والأخرىٰ أَمَةً : فللحرَّةِ : الثلثان من القَسْم، وللأَمَةِ : الثُلُثُ.

ولا حَقَّ لهنَّ في القَسْم حالةَ السفر، فيسافِرُ الزوجُ بمَن شاء منهن، والأَوْلىٰ أن يُقْرِعَ بينهنَّ، فيسافِرُ بمَن خَرجَتْ قُرْعتُها.

والاختيارُ في مقدار الدَّوْر[١] إلىٰ الزوج؛ لأن المستَحَقَّ هو التسويةُ، دونَ طريقه[٢].

والتسويةُ المستَحَقَّةُ: في البيتوتة، لا في المجامَعة؛ لأنها تُبْتَنىٰ علىٰ النشاط.

قال: (وإن كانت إحداهما حُرَّةً، والأخرىٰ أَمَةً: فللحرَّةِ: الثلثان من القَسْم، وللأَمَةِ: **الثُلُثُ**)، بذلك وَرَدَ الأثر[٣].

ولأن حِلَّ الأَمَةِ أنقصُ من حِلِّ الحرة[٤]، فلا بدَّ من إظهار النقصان في الحقوق.

والمكاتبةُ، والمدبَّرةُ، وأُمُّ الولدِ: بمنزلة الأمة؛ لأن الرِّقَّ فيهنَّ قائمٌ.

قال: (ولا حَقَّ لهنَّ في القَسْم حالةَ السفر، فيسافِرُ الزوجُ بمَن شاء منهن، والأَوْلىٰ أن يُقْرِعَ بينهنَّ، فيسافِرُ بمَن خَرجَتْ قُرْعتُها).

---

(١) يعني إن شاء ثَلَّث لكل واحدةٍ، وإن شاء سبَّع لكل واحدة، إلىٰ غير ذلك.

(٢) أي طريق العدل، وفي نُسخ: طريقها. أي طريق التسوية. البناية ٦/٢٨٧.

(٣) روي من قول علي رضي الله عنه في سنن سعيد بن منصور (٧٣٨)، وينظر الدراية ٢/٦٧.

(٤) لأنها علىٰ النصف من الحرة في غالب الحقوق.

وإن رَضِيَتْ إحدىٰ الزوجات بترك قَسْمِها لصاحبتِها : جاز .

ولها أن ترجعَ في ذلك .

وقال الشافعيُّ رحمه الله: القُرْعَةُ مستَحَقَّةٌ[1]؛ لِمَا روي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد سفراً: أَقْرَعَ بين نسائه[2].

إلا أنَّا نقول: إن القُرْعةَ لتطييب قلوبِهنَّ؛ فيكون من باب الاستحباب.

وهذا لأنه لا حقَّ للمرأة عند مسافرةِ الزوج، ألا يُرىٰ أنَّ له أن لا يستصحِبَ واحدةً منهنَّ، فكذا له أن يسافِرَ بواحدةٍ منهن، ولا يُحتَسبُ عليه بتلك المدة.

قال: (وإن رَضِيَتْ إحدىٰ الزوجات بترك قَسْمِها لصاحبتِها: جاز).

لأن سَوْدَةَ بنتَ زَمْعة رضي الله عنها سألت رسولَ الله عليه الصلاة والسلام أن يراجعَها، وتَجعلَ يومَ نَوْبتها لعائشة رضي الله عنها[3].

(ولها أن ترجعَ في ذلك)؛ لأنها أسقطتْ حَقّاً لم يجبْ بعدُ، فلا يسقطُ بإسقاطها، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي مستحقة في السفر أيضاً. الحاوي الكبير ٩/ ٥٩٢.

(٢) صحيح البخاري (٢٥٩٣)، صحيح مسلم (٢٤٤٥).

(٣) قال في الدراية ٢/ ٦٧: لم أجده هكذا، ولم أقف في خبرٍ قط أن سودة طُلِّقت إلا ما رواه العطارديُّ في زيادات السيرة، وهذا مرسلٌ أخرجه البيهقي (١٣٤٣٥)، والذي في الصحيحين (خ: ٢٥٩٣، م: ١٤٦٣) أنها لَمَّا كبرت سِنُّها جعلت يومها لعائشة رضي الله عنه. اهـ، وكذلك في نصب الراية ٣/ ٢١٦.

تعقب هذا في التعريف والإخبار ٣/ ٣٨ فقال: استغربه المخرِّجون، وهو في الآثار لمحمد، ومسند أبي حنيفة لابن خسرو مرسلاً، وأخرج الحارثي بعضَه، وينظر فتح القدير٣/ ٣٠٢.

كتاب الرَّضاع

قليلُ الرَّضاع، وكثيرُه : سواءٌ.

إذا حَصَلَ في مدة الرَّضاع : تَعَلَّقَ به التحريمُ.

كتاب الرَّضاع

قال: (قليلُ الرَّضاع، وكثيرُه: سواءٌ.

إذا حَصَلَ في مدة الرَّضاع: تَعَلَّقَ به التحريمُ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا يثبتُ التحريمُ إلا بخمسِ رَضَعَات.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تُحَرِّمُ المَصَّةُ ولا المَصَّتان، ولا الإملاجةُ ولا الإملاجتان»[2].

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾. الآية. النساء/٢٣.

وقولُه عليه الصلاة والسلام: «يَحْرُمُ من الرضاع: ما يَحْرُمُ من النَّسَب»[3].

من غير فَصْلٍ.

---

(١) الحاوي الكبير ٣٦٩/١١.

(٢) بهذا اللفظ في صحيح ابن حبان (٤٢٢٦) عن عبد الله بن الزبير عن أبيه، وبالشطر الأول في صحيح مسلم (١٤٥٠) عن عائشة رضي الله عنها، وبالشطر الثاني في صحيح مسلم (١٤٥١) عن أم الفضل رضي الله عنها.

(٣) صحيح البخاري (٢٦٤٥)، صحيح مسلم (١٤٤٤).

ثم مدةُ الرضاع : ثلاثونَ شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : سَنَتَان .

ولأن الحُرمةَ وإن كانت لشُبْهةِ البَعْضيَّة الثابتةِ بنشوز العَظْم، وإنباتِ اللحم، لكنه أمرٌ مُبَطَّنٌ[1]، فتعلَّق الحكمُ بفعل الإرضاع.

وما رواه[2]: مردودٌ بالكتاب[3]، أو منسوخٌ به.

وينبغي أن يكونَ في مدة الرضاع؛ علىٰ ما نُبيِّن إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ثم مدةُ الرضاع: ثلاثونَ شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: سَنَتَان)، وهو قولُ الشافعي[4] رحمه الله.

وقال زفرُ رحمه الله: ثلاثةُ أحوال؛ لأن الحولَ حَسَنٌ[5] للتحوُّل من حالٍ إلىٰ حال، ولا بدَّ من الزيادة علىٰ الحولين؛ لِمَا نُبيِّنُ[6]، فتُقَدَّر به[7].

ولهما: قولُه تعالىٰ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا﴾. الأحقاف/١٥.

ومدةُ الحَمْل: أدناها: ستةُ أشهرٍ، فبقِيَ للفِصال حولان.

---

(١) أي فيه خفاءٌ. البناية ٦/٢٩٥.

(٢) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

(٣) لأن العمل بالكتاب أقوىٰ، علىٰ تقدير أن يكون الكتاب قبله، أو يكون الحديث منسوخاً بالكتاب إن كان بعده. البناية ٦/٢٩٥.

(٤) كفاية الأخيار ٢/٢٥٩.

(٥) أي صالحٌ. البناية ٦/٢٩٨.

(٦) أي عند بيان وجه قول أبي حنيفة الآتي، وأن المدة عنده سنتان ونصف.

(٧) أي بالحول، زيادةً علىٰ السنتين.

وإذا مَضَتْ مدةُ الرضاع : لم يَتعلَّقْ بالرضاع تحريمٌ.

وقال النبيُّ عليه الصلاة والسلام. «لا رضاعَ بعد حولَيْن»[١].

وله[٢]: هذه الآية، ووَجْهُه: أنه تعالىٰ ذَكَرَ شيئَيْن[٣]، وضَرَبَ لهما مدةً، فكانتْ لكلِّ واحدٍ منهما بكمالها، كالأجل المضروب للدَّيْنَيْن، إلا أنه قام المُنَقِّصُ في أحدِهما، فبقيَ في الثاني علىٰ ظاهرِه[٤].

ولأنه لا بدَّ من تغيُّرِ الغِذاء؛ لينقطعَ الإنباتُ باللبن، وذلك بزيادةِ مدةٍ يتعوَّدُ الصبيُّ فيها غيرَه، فقُدِّرَتْ بأدنىٰ مدةِ الحَمْل؛ لأنها مُغيِّرَةٌ، فإن غِذاءَ الجنين يُغايرُ غِذاءَ الرضيع، كما يُغايرُ غِذاءَ الفطيم.

والحديثُ: محمولٌ علىٰ مدةِ الاستحقاق[٥]، وعليه يُحمَلُ النصُّ المقيَّد بحولين في الكتاب.

قال: (وإذا مَضَتْ مدةُ الرضاع: لم يَتعلَّقْ بالرضاع تحريمٌ).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا رَضاعَ بعد الفِصَال[٦]»[٧].

---

(١) روي في سنن الدارقطني (٤٣٦٤) مرفوعاً بلفظ: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»، وروي موقوفاً عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، الدراية ٦٨/٢.

(٢) أي للإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) أي الحمل والفصال.

(٤) أي فبقي الثاني وهو الفصال علىٰ ظاهره، وهو ثلاثون شهراً.

(٥) أي نفقة الرضاع المستحق.

(٦) أراد به حكمه. حاشية نسخة ٧٩٧هـ.

(٧) مصنف عبد الرزاق (١٣٨٩٩)، وفيه ضعفٌ، التعريف والإخبار ٤١/٣.

ويَحْرُمُ من الرضاع : ما يَحرمُ من النَّسَب .

إلا أُمَّ أختِه من الرضاع ، فإنه يجوزُ أن يَتزوَّجَها ، ولا يجوزُ أن يتزوَّجَ أُمَّ أخته من النسب .

ولأن الحُرْمَةَ باعتبار النشوء، وذلك في المدة، إذِ الكبيرُ لا يَتَربَّىٰ به.

ولا يُعتبر الفِطَام قبلَ المدة[1]، إلا في روايةٍ عن أبي حنيفة رحمه الله إذا استغنىٰ عنه.

ووَجْهُه[2]: انقطاعُ النشوءِ بتغيُّر الغذاء.

وهل يُباحُ الإرضاعُ بعد المدة[3]؟

قد قيل: لا يُباحُ؛ لأن إباحتَه ضروريةٌ؛ لكونه جزءَ الآدمي[4].

قال: (ويَحْرُمُ من الرضاع: ما يَحرمُ من النَّسَب)؛ للحديث الذي رويناه.

(إلا أُمَّ أختِه من الرضاع، فإنه يجوزُ أن يَتزوَّجَها، ولا يجوزُ أن يتزوَّجَ أُمَّ أخته من النسب)؛ لأنها تكون أُمَّه، أو موطوءةَ أبيه، بخلاف الرضاع.

---

(١) حتىٰ لو فُطِم الصبيُّ قبل الحولين، ثم أُرضع في مدة ثلاثين شهراً عنده، وحولين عندهما: تثبت به الحرمة.

(٢) أي وجه القول الثاني عن أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) أي بعد السنتين علىٰ قولهما، وبعد ثلاثين شهراً علىٰ الإمام. قال في الاختيار ١١٨/٣: فيه خلافٌ.

(٤) اقتصر المصنف رحمه الله علىٰ القول بالتحريم، وصحَّحه في البحر الرائق ٢٣٩/٣، وكذلك صاحب النهر الفائق ٣٠٠/٢، في حين أنَّ صاحب التنبيه علىٰ مشكلات الهداية ١٢٧٧/٣، تعقَّب صاحبَ الهداية، ورأىٰ باجتهاده إباحتَه.

ويجوزُ أن يتزوجَ أختَ ابنِه من الرضاع، ولا يجوزُ ذلك من النسب.

وامرأةُ أبيه، وامرأةُ ابنِه من الرضاع: لا يجوزُ أن يتزوَّجَهما، كما لا يجوزُ ذلك من النسب.

ولبنُ الفحلِ يتعلَّقُ به التحريمُ، وهو أن تُرضِعَ المرأةُ صبيَّةً، فتَحرُمُ هذه الصبيةُ علىٰ زوجِها، وعلىٰ آبائه، وأبنائه، ويصيرُ الزوجُ الذي نَزَلَ لها منه اللبنُ: أباً للمُرْضَعَة.

قال: (ويجوزُ أن يتزوجَ أختَ ابنِه من الرضاع، ولا يجوزُ ذلك من النسب)؛ لأنه لَمَّا وطِئَ أمَّها: حَرُمتْ عليه، ولم يوجد هذا المعنىٰ في الرضاع.

قال: (وامرأةُ أبيه، وامرأةُ[1] ابنِه من الرضاع: لا يجوزُ أن يتزوَّجَهما[2]، كما لا يجوزُ ذلك من النسب)؛ لِمَا روينا.

وذِكْرُ الأصلابِ في النص[3]: لإسقاطِ اعتبار التبنِّي، علىٰ ما بيَّنَّاه.

قال: (ولبنُ الفحلِ[4] يتعلَّقُ به التحريمُ، وهو أن تُرضِعَ المرأةُ صبيَّةً، فتَحرُمُ هذه الصبيةُ علىٰ زوجِها، وعلىٰ آبائه، وأبنائه، ويصيرُ الزوجُ الذي نَزَلَ لها منه اللبنُ: أباً للمُرْضَعَة).

---

(١) وفي نُسَخ: أو امرأة.

(٢) وفي نُسَخ: أن يتزوجها.

(٣) أي في قوله تعالىٰ: ﴿ وَحَلَـٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَـٰبِكُمۡ ﴾. النساء/٢٣.

(٤) من باب إضافة الشيء إلىٰ سببه؛ لأن سبب اللبن هو الفحل.

ويجوز أن يتزوَّجَ الرجلُ بأختِ أخيه من الرضاع، كما يجوزُ أن يتزوجَ الرجلُ بأخت أخيه من النسب، وذلك مثلُ الأخِ من الأبِ إذا كانت له أختٌ من أُمِّه: جاز لأخيه من أبيه أن يتزوَّجها.

وكلُّ صبيَّيْن إذا اجتمعا علىٰ ثديِ امرأةٍ واحدةٍ: لم يجزْ لأحدِهما أن يتزوج بالأخرىٰ.

وفي أحدِ قولي الشافعي رحمه الله: لبنُ الفحلِ لا يُحَرِّمُ[1]؛ لأن الحرمةَ لشُبْهة البَعْضِيَّة، واللبنُ بعضُها، لا بعضُه، ولنا: ما روينا.

والحرمةُ بالنسب من الجانبَيْن، فكذا بالرضاع.

وقال عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها: «لِيَلِجْ عليكِ أفلَحُ، فإنه عمُّك من الرضاعة»[2].

ولأنه سببٌ لنزول اللبنِ منها، فيُضافُ إليه في موضع الحرمة؛ احتياطاً.

قال: (ويجوز أن يتزوَّجَ الرجلُ بأختِ أخيه من الرضاع، كما[3] يجوزُ أن يتزوجَ الرجلُ بأخت أخيه من النسب، وذلك مثلُ الأخِ من الأبِ إذا كانت له أختٌ من أُمِّه: جاز لأخيه من أبيه أن يتزوَّجها.

وكلُّ صبيَّيْن[4] إذا اجتمعا علىٰ ثديِ امرأةٍ واحدةٍ: لم يجزْ لأحدِهما أن يتزوج بالأخرىٰ)، هذا هو الأصلُ؛ لأن أمَّهما واحدةٌ، فهما أخٌ وأختٌ.

---

(١) علىٰ الصحيح. كفاية الأخيار ٢/٢٥٧.

(٢) صحيح البخاري (٥٢٣٩)، صحيح مسلم (١٤٤٥).

(٣) وفي نُسخ: لأنه.

(٤) أراد بهما الصبي والصبية بطريق التغليب. البناية ٦/٣٠٧.

ولا يتزوجُ المُرْضَعَةَ أحدٌ من ولدِ التي أرضعتْ، ولا ولدِ ولدِها.

ولا يتزوَّجُ الصبيُّ المرضَعُ أختَ زوجِ المرضِعة؛ لأنها عمَّتُه من الرضاع.

وإذا اختلط اللبنُ بالماء، واللبنُ هو الغالِبُ: تعلَّق به التحريمُ.

وإن غلب الماءُ: لم يتعلَّق به التحريمُ.

قال: (ولا يتزوجُ المُرْضَعَةَ أحدٌ[1] من ولدِ التي أرضعتْ)؛ لأنه أخوها.

(ولا ولدِ ولدِها)؛ لأنه ولدُ أخيها.

قال: (ولا يتزوَّجُ الصبيُّ المرضَعُ أختَ زوجِ المرضِعة؛ لأنها عمَّتُه من الرضاع.

وإذا اختلط اللبنُ بالماء، واللبنُ هو الغالِبُ: تعلَّق به التحريمُ.

وإن غلب الماءُ: لم يتعلَّق به التحريمُ).

خلافاً للشافعي[2] رحمه الله، هو يقولُ: إنه موجودٌ فيه حقيقةً.

ونحن نقول: المغلوبُ غيرُ موجودٍ حُكْماً، حتىٰ لا يَظهَرُ في مقابلة الغالب، كما في اليمين[3].

---

(١) وفي نُسَخ: ولا تتزوَّج المرضَعَةُ أحداً. اهـ. قلت: والمعنىٰ واحد.

(٢) مغني المحتاج ٣/٤١٥.

(٣) بأن حلف لا يشرب اللبنَ، فشرب لبناً مغلوباً بماء: لا يحنث. البناية ٦/٣٠٨.

وإن اختَلَطَ بالطعام: لم يَتعلَّقْ به التحريمُ وإن كان اللبنُ غالباً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إذا كان اللبنُ غالباً: يتعلَّقُ به التحريمُ.

وإن اختلط بالدواءِ، واللبنُ غالبٌ: تعلَّق به التحريمُ.

وإذا اختلط اللبنُ بلبن الشاة، وهو الغالِبُ: تعلَّقَ به التحريمُ، وإن غلب لبنُ الشاة: لم يتعلَّقْ به التحريمُ.

قال: (وإن اختَلَطَ بالطعام: لم يَتعلَّقْ به التحريمُ وإن كان اللبنُ غالباً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إذا كان اللبنُ غالباً: يتعلَّقُ به التحريمُ).

قال رضي الله عنه: قولُهما فيما إذا لم تَمَسَّه النارُ، حتىٰ لو طُبِخَ بها: لا يتعلَّقُ به التحريمُ، في قولهم جميعاً.

لهما: أن العبرةَ للغالِب، كما في الماء إذا لم يُغَيِّرْه شيءٌ عن حاله.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الطعامَ أصلٌ، واللبنُ تابعٌ له في حقِّ المقصود، فصار كالمَغلوب.

ولا معتبرَ بتقاطرِ اللبنِ من الطعام عنده، هو الصحيحُ؛ لأن التغذِّي بالطعام، إذ هو الأصلُ.

قال: (وإن اختلط[1] بالدواء، واللبنُ غالبٌ: تعلَّق به التحريمُ)؛ لأن اللبنَ يبقىٰ مقصوداً فيه، إذِ الدواءُ لتقويتِه علىٰ الوصول.

قال: (وإذا اختلط اللبنُ بلبن الشاة، وهو الغالِبُ: تعلَّقَ به التحريمُ، وإن غَلَبَ لبنُ الشاة: لم يتعلَّقْ به التحريمُ)؛ اعتباراً للغالب، كما في الماء.

---

(١) وفي نُسخ: خُلِط.

وإذا اختلط لبنُ امرأتَيْن : تعلَّق التحريمُ بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمدٌ : يتعلَّقُ التحريمُ بهما .

وإذا نَزَلَ للبِكْر لبنٌ ، فأَرضَعَتْ به صبياً : تعلَّق به التحريمُ .

وإذا حُلِبَ لبنُ المرأة بعد موتِها ، فأُوْجِرَ به الصبيُّ : تعلَّقَ به التحريمُ .

قال: (وإذا اختلط لبنُ امرأتَيْن: تعلَّق التحريمُ بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله)؛ لأن الكلَّ صار شيئاً واحداً، فيُجعَلُ الأقلُّ تابعاً للأكثر في بناء الحكم عليه.

(وقال محمدٌ) وزفرُ رحمهما الله: (يتعلَّقُ التحريمُ بهما)؛ لأن الجنسَ لا يَغلِبُ الجنسَ، فإنَّ الشيءَ لا يصيرُ مستهلَكاً في جنسِه؛ لاتحاد المقصود.

وعن أبي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان.

وأصلُ المسألة في الأَيْمان.

قال: (وإذا نَزَلَ للبِكْر لبنٌ، فأَرضَعَتْ به صبياً: تعلَّق به التحريمُ)؛ لإطلاق النص[1].

ولأنه سببُ النشوء، فتثبُتُ به شبهةُ البَعْضِيَّة.

قال: (وإذا حُلِبَ لبنُ المرأةِ بعد موتِها، فأُوْجِرَ به الصبيُّ[2]: تعلَّقَ به التحريمُ).

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾. النساء/٢٣.

(٢) بفتح الياء، وضمِّها، هكذا ضبطها العلامة سعدي جلبي بخطه في حاشيته علىٰ الهداية، وكتب فوق الفتحة والضمة: معاً. وينظر البناية ٦/٣١٢.

وإذا احْتُقِنَ الصبيُّ باللبن : لم يتعلَّقْ به التحريمُ.

خلافاً للشافعي[١] رحمه الله.

هو يقولُ: الأصلُ في ثبوتِ الحُرمةِ إنما هو المرأةُ، ثم تتعدىٰ إلىٰ غيرِها بواسطتها، وبالموت لم تَبْقَ مَحَلاً لها، ولهذا لا يوجِبُ وطؤها حُرمةَ المصاهرة.

ولنا: أن السببَ هو شُبْهةُ الجزئية، وذلك في اللبنِ؛ لمعنىٰ الإنشاز[٢] والإنبات، وهو قائمٌ باللبن.

وهذه الحرمةُ تَظهرُ في حَقِّ الميتة دَفْناً وتَيْمِيماً[٣].

أما الحُرمةُ[٤] في الوطء: لكونه ملاقياً لمَحَلِّ الحَرْث، وقد زال بالموت، فافترقا.

قال: (وإذا احْتُقِنَ الصبيُّ باللبن: لم يتعلَّقْ به التحريمُ).

وعن محمد رحمه الله: أنه تثبتُ به الحُرمةُ، كما يفسُدُ به الصومُ.

ووَجْهُ الفرقِ علىٰ الظاهر: أن المفسِدَ في الصوم: إصلاحُ البدن، ويوجَدُ ذلك في الدواء، فأما المُحَرِّمُ في الرضاع: فمعنىٰ النشوء، ولا يوجَدُ ذلك في الاحتقان؛ لأن المغذِّيَ وصولُه من الأعلىٰ.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٤١٥.

(٢) وفي نُسخ: الانتشار.

(٣) وفي نُسخ: تيمُّماً. أي من ناحية الجواز، فيجوز له دفنُها وتيميمُها. البناية ٦/٣١٣.

(٤) وفي نُسخ: الجزئية.

وإذا نَزَلَ للرجل لَبَنٌ، فأرضَعَ به صبياً: لم يتعلَّق به التحريمُ.

وإذا شَرِبَ صَبِيَّانِ من لبنِ شاةٍ: لم يتعلَّقْ به التحريمُ.

وإذا تزوَّج الرجلُ صغيرةً وكبيرةً، فأرضعتِ الكبيرةُ الصغيرةَ: حَرُمتا علىٰ الزوج.

ثم إنْ لم يدخلْ بالكبيرة: فلا مهرَ لها، وللصغيرة: نصفُ المهر.

قال: (وإذا نَزَلَ للرجل لَبَنٌ، فأرضَعَ به صبياً: لم يتعلَّق به التحريمُ)؛ لأنه ليس بلبنٍ علىٰ التحقيق، فلا يتعلَّقُ به النشوءُ والنموُّ.

وهذا لأن اللبنَ إنما يُتصوَّرُ ممن تُتَصَوَّرُ منه الولادة.

قال: (وإذا شَرِبَ صَبِيَّانِ من لبنِ شاةٍ: لم يتعلَّقْ به التحريمُ)؛ لأنه لا جزئيةَ بين الآدميِّ وبين البهائم، والحُرْمةُ باعتبارها.

قال: (وإذا تزوَّج الرجلُ صغيرةً وكبيرةً، فأرضعتِ الكبيرةُ الصغيرةَ: حَرُمتا علىٰ الزوج)؛ لأنه يصيرُ جامعاً بين الأُمِّ والبنت رضاعاً، وذلك حرامٌ، كالجمع بينهما نسباً.

(ثم إنْ لم يدخلْ بالكبيرة: فلا مهرَ لها)؛ لأن الفرقةَ جاءت من قِبَلها قبلَ الدخول بها.

(وللصغيرة: نصفُ المهر)؛ لأن الفُرْقةَ وَقَعَتْ لا من جهتها، والارتضاعُ وإن كان فعلاً منها لكنَّ فعلَها غيرُ معتَبَرٍ في إسقاط حَقِّها، كما إذا قَتَلَت مورِّثَها[1].

---

(١) أي لم تُحرَم من الميراث.

ويَرْجعُ به الزوجُ علىٰ الكبيرةِ إن كانت قد تعمَّدتْ به الفسادَ، وإن لم تتعمَّدْ: فلا شيءَ عليها وإن عَلِمَتْ أن الصغيرةَ امرأتُه.

(ويَرْجعُ به الزوجُ علىٰ الكبيرةِ إن كانت قد تعمَّدتْ به الفسادَ، وإن لم تتعمَّدْ: فلا شيءَ **عليها** وإن عَلِمَتْ أن الصغيرةَ امرأتُه).

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يَرجِعُ عليها في الوجهَيْن.

والصحيحُ ظاهرُ الروايةِ؛ لأنها وإن أكَّدَتْ ما كان علىٰ شَرَفِ السقوط، وهو نصفُ المهر، وذلك يجري مُجْرىٰ الإتلاف، لكنها مسبِّبَةٌ فيه، إما لأنَّ الإرضاعَ ليس بإفسادٍ للنكاح وَضْعاً[1]، وإنما يثبت ذلك[2] باتفاق الحال، لا قصداً.

أو لأن إفسادَ النكاحِ ليس بسببٍ لإلزام المهر، بل هو سببٌ لسقوطه، إلا أنَّ نصفَ المهرِ يجبُ بطريق المُتْعة، علىٰ ما عُرِف[3]، لكن مِن شَرْطِه: إبطالُ النكاح، وإذا كانت[4] مسبِّبةً: يُشترَطُ فيه التعدِّي، كحفر البئر.

ثم إنما تكونُ متعدِّيَةً: إذا عَلِمَتْ بالنكاح، وقَصَدَتْ بالإرضاع الإفسادَ.

أما إذا لم تعلم بالنكاح، أو عَلِمَتْ بالنكاح ولكنها قَصَدَتْ دَفْعَ الجوعِ أو الهلاكِ عن الصغيرة، دونَ الإفساد: لا تكون متعدِّيَةً؛ لأنها مأمورةٌ بذلك.

---

(١) لأن وضعه لتربية الصغير. البناية ٦/٣١٧.

(٢) أي إفساد النكاح.

(٣) في باب المهر.

(٤) أي المرضعة.

ولا تُقبَلُ في الرضاع شهادةُ النساءِ منفرداتٍ، وإنما يَثبتُ بشهادة رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن.

ولو عَلِمَتْ بالنكاح، ولم تعلمْ بالفساد: لا تكونُ متعدِّيَةً أيضاً.

وهذا منَّا اعتبارُ الجهلِ(١): لدفع قصدِ الفسادِ، لا لدَفْعِ الحكم.

قال: (ولا تُقبَلُ في الرضاع شهادةُ النساءِ منفرداتٍ، وإنما يَثبتُ بشهادة رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن(٢)).

وقال مالكٌ(٣) رحمه الله: يثبتُ بشهادة امرأةٍ واحدةٍ إذا كانت موصوفةً بالعدالة؛ لأنَّ الحُرْمَةَ حَقٌّ من حقوق الشرع، فتثبتُ بخبر الواحد، كمَن اشترىٰ لحماً، فأخبره واحدٌ أنه ذبيحةُ المجوسي.

ولنا: أن ثبوتَ الحُرْمة لا يَقبَلُ الفَصْلَ عن زوال الملكِ في باب النكاح، وإبطالُ الملكِ لا يثبتُ إلا بشهادة رجلين، أو رجلٍ وامرأتين.

بخلاف اللحم؛ لأن حُرْمَةَ التناول تَنفَكُّ عن زوال الملك، فاعتُبِرَ أمراً دِيْنيًّا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) هذا جوابٌ عن سؤال مقدَّرٍ: كيف تعتبرون الجهلَ عذراً؟

والجواب: أنا اعتبرناه؛ لدفع قصد الفساد، لا لدفع الحكم. البناية ٣١٨/٦.

(٢) قوله: أو رجلٍ وامرأتين: سقط من نُسخ كثيرة، ومثبتٌ في بداية المبتدي ص٢٣٤، وفي نسخة الهداية المضمنة في البناية، وفي طبعات الهداية القديمة.

(٣) مختصر خليل ٤٠١/١ (مع جواهر الإكليل).

كتاب الطَّلاق

باب طَلاق السُّنَّة

الطلاقُ علىٰ ثلاثةِ أوجُهٍ: أَحْسَنُ، وحَسَنٌ، وبِدْعِيٌّ.

فالأحسنُ: أن يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امرأتَه تطليقةً واحدةً، في طُهْرٍ لم يجامِعْها فيه، ويَتْرُكَها حتىٰ تنقَضِيَ عِدَّتُها.

كتاب الطَّلاق

باب طَلاق السُّنَّة

قال: (الطلاقُ علىٰ ثلاثةِ أوجُهٍ: أَحْسَنُ، وحَسَنٌ[1]، وبِدْعِيٌّ.

فالأحسنُ: أن يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امرأتَه تطليقةً واحدةً، في طُهْرٍ لم يجامِعْها فيه، ويَتْرُكَها حتىٰ تنقَضِيَ عِدَّتُها)؛ لأن الصحابةَ رضي الله عنهم كانوا يستحِبُّونَ أن لا يزيدوا في الطلاق علىٰ واحدةٍ[2]، حتىٰ تنقَضِيَ العِدَّةُ، فإن هذا أفضلُ عندهم من أن يُطلِّقَ الرجلُ ثلاثاً، عند كل طُهْرٍ واحدةً.

ولأنه أبعدُ من النَّدامة، وأقلُّ ضرراً بالمرأة.

---

(١) هكذا كما أثبتُّ في نسخة ٦٨٩هـ، ونسخة ٨٠١هـ، ووقفيتها سنة ٩٧٧هـ، وكذلك في نسخة ١٠٠٥هـ، ونسخة ١٠٣٣هـ، وغيرها من النسخ، وهو الموافق للتفصيل الآتي في الهداية، وجاء في كثير من النُّسخ هكذا: حَسَنٌ، وأحسنُ، وبدعيٌّ.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١٧٧٤٢)، بإسناد صحيح، كما في الدراية ٢/٦٩.

والحَسَنُ هو: طلاقُ السُّنَّة، وهو أن يُطلِّقَ المدخولَ بها ثلاثاً، في ثلاثةِ أطهارٍ.

ولا خلافَ لأحدٍ في نفي الكراهة[١].

قال: (والحَسَنُ هو: طلاقُ السُّنَّة[٢]، وهو أن يُطلِّقَ المدخولَ بها ثلاثاً، في ثلاثةِ أطهارٍ).

وقال مالكٌ[٣] رحمه الله: إنه بدعةٌ، ولا يباحُ إلا واحدةٌ؛ لأنَّ الأصلَ في الطلاق هو الحَظْرُ، والإباحةُ لحاجةِ الخَلاص، وقد اندفعت بالواحدة.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام في حديث ابنِ عمر رضي الله عنهما: «إن من السُّنَّة أن تستقبلَ الطُّهْرَ استقبالاً، فتطلِّقَها لكلِّ قُرْءٍ تطليقةً»[٤].

ولأن الحكمَ يُدارُ علىٰ دليلِ الحاجة، وهو الإقدامُ علىٰ الطلاق في

---

(١) هكذا كما أثبتُّ في نسخة ٧٣١هـ، و١٠٥٨هـ، وجاء في نُسخٍ عدةٍ أخرىٰ: ولا خلاف لأحدٍ في عدم الكراهة. اهـ.

وأما غالب النُّسَخ ففيها: ولا خلاف لأحدٍ في الكراهة. اهـ، هكذا مما ظاهره أنه يكره، وكأن الشُّرَّاحَ لم يطَّلعوا علىٰ النُّسَخ التي تنفي الكراهةَ، ولذا قال في البناية ٣٢٣/٦: أي لا خلاف في عدم الكراهة، يعني لم يقل أحدٌ بكراهة إيقاع الواحدة، هكذا فَسَّر الشُّرَّاح كلُّهم هذا اللفظَ، وظاهرُه: يقتضي خلافَه، علىٰ ما لا يخفىٰ للمتأمِّل. اهـ

(٢) كلٌّ من الحَسَن والأحسن: سُنِّيٌّ، وتسميةُ ما إذا طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، لا جِماع فيها: بأنه طلاقٌ حَسَنٌ، وأنه السُّنَّةُ: لا وجهَ له، والمناسبُ تسميتُه بـ: المفضول من طلاق السُّنَّة. كما فتح القدير ٣٢٧/٣، ٣٢٨، والبحر الرائق ٢٥٦/٣.

(٣) التلقين ص٧٣.

(٤) سنن الدارقطني (٣٩٧٤)، المعجم الأوسط ٢٩٤/١، الدراية ٦٩/٢.

وطلاقُ البدعة : أن يُطلِّقَها ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ، أو ثلاثاً في طُهْرٍ واحدٍ، فإذا فَعَلَ ذلك : وَقَعَ الطلاقُ، وكان عاصياً .

زمانِ تجدُّدِ الرغبة، وهو الطُّهْرُ الخالي عن الجِماع، فالحاجةُ كالمتكرِّرة؛ نظراً إلىٰ دليلها.

ثم قيل: الأَوْلىٰ أن يُؤخِّرَ الإيقاعَ إلىٰ آخِرِ الطُّهْر؛ احترازاً عن تطويل العدة.

والأظهرُ أنه يُطلِّقُها كما طَهُرت؛ لأنه لو أخَّر: ربما يجامِعُها ومِن قَصْدِهِ التطليقُ، فيُبْتَلَىٰ بالإيقاع عقيبَ الوِقاع.

قال: (وطلاقُ البدعة: أن يُطلِّقَها ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ، أو ثلاثاً[1] في طُهْرٍ واحدٍ، فإذا فَعَلَ ذلك: وَقَعَ الطلاقُ[2]، وكان عاصياً).

وقال الشافعي[3] رحمه الله: كلُّ الطلاقِ مباحٌ؛ لأنه تصرُّفٌ مشروعٌ، حتىٰ يُستفادُ به الحكمُ، والمشروعيةُ لا تجامِعُ الحَظْرَ.

بخلاف الطلاق في حالةِ الحيض؛ لأن المُحَرَّمَ تطويلُ العِدَّة عليها، لا الطلاقُ.

ولنا: أن الأصلَ في الطلاقِ هو الحَظْرُ؛ لِمَا فيه من قَطْع النكاح الذي تعلَّقتْ به المصالحُ الدينيةُ والدنيويةُ، والإباحةُ للحاجة إلىٰ الخَلاصِ، ولا حاجةَ إلىٰ الجمع بين الثلاث.

---

(١) أي ثلاث تطليقات.

(٢) وفي نسخة ٧٨٥هـ من بداية المبتدي زيادة: وقع الطلاق، وبانت منه.

(٣) الحاوي الكبير ١٠/ ٤٣٤.

والسُّنَّة في الطلاق من وجهَيْن : سُنَّةٌ في الوقت، وسُنَّةٌ في العدد، فالسُّنَّةُ في العدد : يستوي فيها المَدْخولُ بها، وغيرُ المَدْخول بها.

والسُّنَّةُ في الوقت : تَثبتُ في المَدْخول بها خاصةً، وهو أن. . . . . . .

وهي في المُفَرَّق علىٰ الأطهار ثابتةٌ؛ نظراً إلىٰ دليلها، والحاجةُ في نفسها باقيةٌ، فأمكن تصويرُ الدليلِ عليها.

والمشروعيةُ في ذاته، من حيث إنه إزالةُ الرِّق[1]: لا تُنافي الحَظْرَ؛ لمعنىً في غيره، وهو ما ذكرناه.

وكذا إيقاعُ الثِّنْتَيْن في الطُّهْر الواحد: بدعةٌ؛ لِمَا قلنا.

واختلفتِ الروايةُ في الواحدة البائنة:

قال في «الأصل»: إنه أخطأ السُّنَّةَ؛ لأنه لا حاجةَ إلىٰ إثباتِ صفةٍ زائدةٍ في الخَلاص، وهي البينونةُ.

وفي «زيادات الزيادات[2]»: إنه لا يكره؛ للحاجة إلىٰ الخَلاص ناجِزاً[3].

قال: (والسُّنَّة في الطلاق من وجهَيْن: سُنَّةٌ في الوقت، وسُنَّةٌ في العدد، فالسُّنَّةُ في العدد: يستوي فيها المَدْخولُ بها، وغيرُ المَدْخول بها)، وقد ذكرناها.

قال: (والسُّنَّةُ في الوقت: تَثبتُ في المَدْخول بها خاصةً، وهو أن

---

(١) أي قيد النكاح.

(٢) زيادات الزيادات (مع شرح السرخسي) ص٢٥، وفي نُسخ: وفي الزيادات، وينظر البناية ٦/٣٣٠.

(٣) أي في الحال.

يُطَلِّقَها في طُهْرٍ لم يجامِعْها فيه.

وغيرُ المَدخول بها : يُطلِّقُها في حالة الطُّهْر والحيض.

وإذا كانت المرأةُ لا تَحيضُ من صِغَرٍ أو كِبَرٍ، فأراد أن يُطلِّقَها ثلاثاً للسُّنَّة : طلَّقَها واحدةً، فإذا مضىٰ شهرٌ : طلَّقَها أخرىٰ، فإذا مضىٰ شهرٌ : طلَّقَها أخرىٰ.

يُطَلِّقَها في طُهْرٍ لم يجامِعْها فيه)؛ لأن المراعىٰ دليلُ الحاجة، وهو الإقدامُ علىٰ الطلاق في زمانِ تجدُّد الرغبة، وهو الطُّهْرُ الخالي عن الجماع، أما زمانُ الحيض: فزمانُ النُّفْرَة، وبالجِماع مرةً في الطهر: تفترُ الرغبة.

قال: (وغيرُ المَدخول بها: يُطلِّقُها في حالة الطُّهْر والحيض).

خلافاً لزفر رحمه الله، هو يقيسُها علىٰ المدخولِ بها.

ولنا: أن الرغبةَ في غيرِ المدخول بها صادقةٌ، لا تَقِلُّ بالحيض ما لم يُحصِّلْ مقصودَه منها، وفي المدخولِ بها تتجدَّدُ بالطهر.

قال: (وإذا كانت المرأةُ لا تَحيضُ من صِغَرٍ أو كِبَرٍ، فأراد أن يُطلِّقَها ثلاثاً للسُّنَّة: طلَّقَها واحدةً، فإذا مضىٰ شهرٌ: طلَّقَها أخرىٰ، فإذا مضىٰ شهرٌ: طلَّقَها أخرىٰ)؛ لأن الشهرَ في حَقِّها قائمٌ مَقامَ الحيض.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ ...﴾، إلىٰ أن قال: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ...﴾. الطلاق/ ٤.

والإقامةُ[١] في حَقِّ الحيضِ خاصَّةً، حتىٰ يُقدَّرُ الاستبراءُ في حَقِّها[٢]

---

(١) أي إقامة الشهر مقامَ الحيض.

(٢) أي في حق الأمة التي لا تحيض من صغر أو كبر.

ويجوز أن يُطلِّقَها، ولا يَفصِلَ بين وطئها وبين طلاقِها بزمانٍ.

بالشهر، وهو[١] بالحيض، لا بالطهر.

ثم إن كان الطلاقُ في أول الشهر: تُعتبرُ الشهورُ بالأهلَّة.

وإن كان في وَسَطه: فبالأيام في حَقِّ التفريق، وفي حَقِّ العدة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يُكمَّلُ الأولُ بالأخير، والمتوسطان بالأهلَّة، وهي مسألةُ الإجارات[٢].

قال: (ويجوز أن يُطلِّقَها، ولا يَفصِلَ بين وطئها وبين طلاقِها بزمانٍ).

وقال زفر رحمه الله: يَفصِلُ بينهما بشهرٍ؛ لقيامِه مَقامَ الحيض.

ولأن بالجماع تفترُ[٣] الرغبةُ، وإنما تتجدَّد بزمانٍ، وهو الشهر.

ولنا: أنه لا يُتوهَّمُ الحَبَلُ فيها، والكراهيةُ في ذوات الحَيْض باعتباره؛ لأن عندَ ذلك يَشتَبِهُ وَجْهُ العِدَّة.

والرغبةُ وإن كانت تفترُ[٤] من الوجه الذي ذكَرَه[٥]، لكن تَكثُرُ من وجهٍ

---

(١) أي الاستبراء.

(٢) أي مثل مسألة الإجارات علىٰ الخلاف المذكور، إذا استأجر داراً شهوراً معلومةً، أو سنةً في خلال الشهر: فعند أبي حنيفة تكون السنة: ٣٦٠ يوماً، وعندهما: يكمل الأول بالأخير، وما بينهما معتبرٌ بالأهلَّة. البناية ٦/٣٣٣.

(٣) وفي نُسخ: تَقِلُّ.

(٤) وفي نُسخ: تَقِلُّ.

(٥) أي الإمامُ زفر رحمه الله.

وطلاقُ الحاملِ يجوز عَقِيْبَ الجِماع.

ويُطلِّقُها للسُّنَّة ثلاثاً، يَفْصِلُ بين كلِّ تطليقتَيْن بشهرٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ: لا يُطلِّقُها للسُّنَّة إلا واحدةً.

آخَر؛ لأنه يَرغبُ في وطءٍ غيرِ مُعَلَّقٍ؛ فِراراً عن مُؤَنِ الولد، فكان الزمانُ زمانَ رغبةٍ، فصار كزمان الحَبَل.

قال: (وطلاقُ الحاملِ يجوز عَقِيْبَ الجِماع)؛ لأنه لا يؤدِّي إلىٰ اشتباه وجهِ العدة، وزمانُ الحَبَلِ زمانُ الرغبة في الوطء؛ لكونه غيرَ معلَّقٍ، أو يرغبُ فيها لمكان ولدِه منها، فلا تَقِلُّ الرغبة بالجماع.

قال: (ويُطلِّقُها للسُّنَّة ثلاثاً، يَفْصِلُ بين كلِّ تطليقتَيْن بشهرٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ) وزفرُ رحمهما الله: (لا يُطلِّقُها للسُّنَّة إلا واحدةً)؛ لأنَّ الأصلَ في الطلاق الحَظْرُ، وقد وَرَدَ الشرعُ بالتفريق علىٰ فصولِ العدة، والشهرُ في حَقِّ الحاملِ ليس من فصولِها، فصار كالممتَدِّ طُهْرُها.

ولهما: أن الإباحةَ بعِلَّة الحاجة، والشهرُ دليلُها، كما في حَقِّ الآيسة والصغيرةِ، وهذا لأنه زمانُ تجدُّدِ الرغبة علىٰ ما عليه الجِبلَّةُ السليمة، فصَلَحَ عَلَماً ودليلاً.

بخلاف المُمتدِّ طُهْرُها؛ لأنَّ العَلَمَ في حَقِّها إنما هو الطُّهْرُ، وهو مَرْجُوٌّ فيها في كل زمانٍ، ولا يُرجىٰ مع الحَمْل[1].

---

(١) وفي نُسخ: الحبَل.

وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه في حالةِ الحيضِ: وَقَعَ الطلاقُ، ويُستَحَبُّ له أن يُراجِعَها.

فإذا طَهُرَتْ، وحاضت، ثم طهُرُتْ: فإن شاء طلَّقها، وإن شاء أمسكها.

قال رضي الله عنه: وهكذا ذَكَرَ في «الأصل».

قال: (وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه في حالةِ الحيضِ: وَقَعَ الطلاقُ)؛ لأن النهيَ عنه لمعنىً في غيره، وهو ما ذكرناه، فلا تنعدِمُ مشروعيتُه.

قال: (ويُستَحَبُّ له أن يُراجِعَها)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لعمرَ رضي الله عنه: «مُرِ ابنَكَ فليراجِعْها»[١].

وقد طلَّقها في حالةِ الحيض، وهذا يفيدُ الوقوعَ، والحثَّ على الرجعة.

ثم الاستحبابُ قولُ بعضِ المشايخ رحمهم الله.

والأصحُّ أنه واجبٌ[٢]؛ عملاً بحقيقة الأمر[٣]، ورفعاً للمعصية بالقدر الممكِنِ برفع أثره، وهو العِدَّةُ، ودفعاً لضررِ تطويلِ العدة.

قال: (فإذا طَهُرَتْ، وحاضت، ثم طَهُرَتْ: فإن شاء طلَّقها، وإن شاء أمسكها.

قال رضي الله عنه: وهكذا ذَكَرَ في «الأصل[٤]».

---

(١) صحيح البخاري (٥٢٥١)، صحيح مسلم (١٤٧١).

(٢) وبهذا يعتمد المصنِّفُ غير ما اعتمده القدوري.

(٣) لأن مطلق الأمر: للوجوب حقيقةً. البناية ٦/٣٣٧.

(٤) ٤/٣٩٥.

وذَكَرَ الطحاويُّ رحمه الله : أنه يُطلِّقُها في الطُّهْر الذي يلي الحَيْضَةَ.

قال أبو الحسن الكَرْخيُّ رحمه الله : ما ذَكَرَه الطحاويُّ : قولُ أبي حنيفة رحمه الله، وما ذُكِر في «الأصل» : قولُهما.

ومَن قال لامرأته، وهي مِن ذواتِ الحَيْض، وقد دَخَلَ بها : . . . . . .

وذَكَرَ الطحاويُّ[1] رحمه الله: أنه يُطلِّقُها في الطُّهْر الذي يلي الحَيْضَةَ[2].

قال أبو الحسن الكَرْخيُّ رحمه الله: ما ذَكَرَه الطحاويُّ: قولُ أبي حنيفة رحمه الله، وما ذُكِر في «الأصل»: قولُهما).

ووَجْهُ المذكور في «الأصل»: أن السُّنَّةَ أن يَفصِلَ بين كلِّ طلاقَيْن بحيضةٍ، والفاصلُ ها هنا بعضُ الحَيْضة، فتُكمَّلُ بالثانية، ولا تتجزَّأ، فتتكاملُ، وإذا[3] تكامَلَتِ الحيضةُ الثانيةُ: فالطهرُ الذي يليه زمانُ السُّنَّة، فأمكنَ تطليقُها علىٰ وَجْه السُّنَّة.

ووَجْهُ القولِ الآخَر: أن أثرَ الطلاقِ قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلِّقْها في الحيض، فيُسَنُّ تطليقُها في الطُّهْرِ الذي يليه.

قال: (ومَن قال لامرأته، وهي مِن ذواتِ الحَيْض، وقد دَخَلَ بها:

---

(١) مختصر الطحاوي ١٩٣.

(٢) وفي نُسخ: الحيض.

(٣) من قوله: وإذا تكاملت... إلىٰ قوله: علىٰ وجه السنة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، وكذلك في نص البناية بطبعتيها: ط ملتان ٦/٣٣٨، و ط دار الفكر بيروت ٥/٢٠.

أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسُّنَّة، ولا نيَّةَ له : فهيَ طالِقٌ عند كلِّ طُهْرٍ تطليقةً .

وإن نوىٰ أن تقعَ الثلاثُ الساعةَ، أو عند رأسِ كلِّ شهرٍ تطليقةٌ واحدةٌ : فهو علىٰ ما نوىٰ .

وإن كانت آيسةً، أو من ذوات الأشهُر : وقعتِ الساعةَ واحدةٌ، وبعد شهرٍ : أخرىٰ، وبعد شهرٍ : أخرىٰ، وإن نوىٰ أن تقعَ الثلاثُ الساعةَ : وَقَعْنَ .

أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسُّنَّة، ولا نيَّةَ له: فهيَ طالِقٌ عند كلِّ طُهْرٍ تطليقةً)؛ لأن اللام فيه للوقت، ووقتُ السُّنَّة طُهْرٌ لا جِماعَ فيه.

قال: (وإن نوىٰ أن تقعَ الثلاثُ الساعةَ، أو عند رأسِ كلِّ شهرٍ تطليقةٌ واحدةٌ: فهو علىٰ ما نوىٰ)، سواءٌ كانت في حالة الحَيْض، أو في حالة الطُّهْر.

وقال زفر رحمه الله: لا تصحُّ نيةُ الجمع؛ لأنه بدعةٌ، وهي ضدُّ السُّنَّة.

ولنا: أنه محتَمَلُ لفظِه؛ لأنه سُنِّيٌّ وقوعاً من حيث إنَّ وقوعَه بالسُّنَّة، لا إيقاعاً، فلم يَتناوَلْه مطلَقُ كلامِه، ويَنتظمُه عند نيَّته.

قال: (وإن كانت آيسةً، أو من ذوات الأشهُر: وقعتِ الساعةَ واحدةٌ، وبعد شهرٍ: أخرىٰ، وبعد شهرٍ: أخرىٰ)؛ لأن الشهرَ في حقِّها دليلُ الحاجة، كالطهر في حقِّ ذوات الأقراءِ، علىٰ ما بيَّنَّا.

قال: (وإن نوىٰ أن تقعَ الثلاثُ الساعةَ: وَقَعْنَ[1]) عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله؛ لِمَا قلنا.

---

(١) وفي نُسخ: وقعت.

. . . .

بخلاف ما إذا قال: أنتِ طالقٌ للسُّنَّة، ولم يَنُصَّ علىٰ الثلاث، حيث لا تصِحُّ نيةُ الجملة[1] فيه؛ لأنَّ نيةَ الثلاثِ إنما صحَّت فيه من حيث إن اللام فيه للوقت، فيفيدُ تعميمَ الوقت، ومِن ضرورتِه: تعميمُ الواقع فيه، فإذا نوىٰ الجمعَ: بطل تعميمُ الوقت، فلا تصح نيةُ الثلاث، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي طبعات الهداية القديمة: الجمع.

فصلٌ

ويقعُ طلاقُ كلِّ زوجٍ إذا كان عاقلاً، بالغاً.

ولا يقعُ طلاقُ الصبيِّ، والمجنونِ، والنائم، وطلاقُ المُكرَه : واقعٌ.

فصلٌ

في طلاق الصبيِّ والمجنون والمُكرَهِ والسَّكران

قال: (ويقعُ طلاقُ كلِّ زوجٍ إذا كان عاقلاً، بالغاً.

ولا يقعُ طلاقُ الصبيِّ، والمجنونِ، والنائم).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ، إلا طلاقَ الصبيِّ، والمجنون»[(١)].

ولأن الأهليةَ بالعقل المميِّز، وهما عديما العقلِ، والنائمُ عديمُ الاختيار.

قال: (وطلاقُ المُكرَه: واقعٌ).

خلافاً للشافعي[(٢)] رحمه الله.

---

(١) بهذا اللفظ قال عنه في نصب الراية ٣/٢٢١: حديث غريب، وفي الدراية ٢/٦٩: لم أجده، وبلفظ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه»: في سنن الترمذي (١١٩١)، وقال: حديثٌ لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف، ذاهب الحديث، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلىٰ الله عليه وسلم وغيرهم. اهـ

(٢) الحاوي الكبير ١٠/٢٣١.

وطلاقُ السَّكْرانِ: واقعٌ، وطلاقُ الأخرسِ: واقعٌ بالإشارة.

هو يقولُ: إن الإكراهَ لا يُجامِعُ الاختيارَ، وبه يُعتبرُ التصرُّفُ الشرعيُّ.

بخلاف الهازل؛ لأنه مختارٌ في التكلم بالطلاق.

ولنا: أنه قَصَدَ إيقاعَ الطلاقِ في منكوحتِه في حالِ أهليته، فلا يَعرىٰ عن قضيته[١]؛ دفعاً لحاجته[٢]؛ اعتباراً بالطائع.

وهذا لأنه عَرَفَ الشرَّيْن[٣]، واختار أهونَهما، وهذا آيةُ القصدِ والاختيار، إلا أنه غيرُ راضٍ بحُكْمه، وذلك غيرُ مُخِلٍّ به، كالهازل.

قال: (وطلاقُ السَّكْرانِ: واقعٌ).

واختيارُ الكَرْخيِّ والطحاويِّ رحمهما الله: أنه لا يقعُ، وهو أحدُ قولي الشافعي[٤] رحمه الله؛ لأن صحةَ القصد بالعقل، وهو زائلُ العقلِ، فصار كزواله بالبَنْجِ والدواء.

ولنا: أنه زال بسببٍ هو معصيةٌ، فجُعِل باقياً حُكْماً؛ زَجْراً له، حتىٰ لو شرب، فصُدِّعَ، وزال عقلُه بالصُّداع: نقول: إنه لا يقعُ طلاقُه.

قال: (وطلاقُ الأخرسِ: واقعٌ بالإشارة).

لأنها صارتْ معهودةً، فأُقيمت مَقامَ العبارة؛ دفعاً للحاجة، وستأتيكَ

---

(١) أي عن حكم الإيقاع.

(٢) أي حاجة المكرَه.

(٣) أي وقوع ما أُكرَه به، وهو الهلاك، أو وقوع الطلاق.

(٤) والمعتمد أنه يقع. الحاوي الكبير ١٠/٢٣٦، ٤١٩.

وطلاقُ الأمة : ثِنْتان، حرّاً كان زوجُها أو عبداً.

وطلاقُ الحرَّةِ : ثلاثٌ، حرّاً كان زوجُها أو عبداً.

وجوهُه في آخر الكتاب[1] إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وطلاقُ الأمة: ثِنْتان، حرّاً كان زوجُها أو عبداً.

وطلاقُ الحرَّةِ: ثلاثٌ، حرّاً كان زوجُها أو عبداً).

وقال الشافعيُّ رحمه الله: عددُ الطلاق معتَبرٌ بحال الرجال[2]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الطلاقُ بالرجال، والعِدَّةُ بالنساء»[3].

ولأن صفةَ المالكية كرامةٌ، والآدميةُ مستدعِيَةٌ لها، ومعنىٰ الآدميةِ في الحرِّ أكملُ، فكانت مالكيَّتُه أبلغَ وأكثرَ.

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «طلاقُ الأمة: ثِنتان، وعِدَّتُها: حيضتان»[4].

---

(١) أي في آخر كتاب الهداية، لا آخر كتاب الطلاق. البناية ٦/٣٤٨.

(٢) فالعبد يملك ثنتين في الحرة والأمة، والحر يملك ثلاثاً فيهما. الحاوي الكبير ٩/١٩٢.

(٣) قال في التعريف والإخبار ٣/٤٨: قال مخرِّجو الهداية: لم نجده مرفوعاً، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٢٥١) عن ابن عباس بإسناد صحيح، وعن غيره، ونقل العلامة قاسم عن ابن العربي في أحكام القرآن ١/٢٦٠ في تفسير قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ قال: قال الدارقطني: ثبت أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء. اهـ، ولم أقف عليه في سننه.

(٤) سنن أبي داود (٢١٨٩)، سنن ابن ماجه (٢٠٧٩)، وهو ضعيف، كما في

وإذا تزوَّج العبدُ امرأةً بإذن مولاه، ثم طلَّقَها : وَقَعَ طلاقُه عليها، ولا يقعُ طلاقُ مولاه علىٰ امرأته.

ولأن حِلَّ المَحَلِّية نعمةٌ في حقها، وللرِّقِّ أثرٌ في تنصيف النِّعَم، إلا أن العُقدةَ[1] لا تتجزأ، فتكاملت[2] عُقدتَيْن[3].

وتأويلُ ما روىٰ: أن الإيقاعَ بالرجال.

قال: (وإذا تزوَّج العبدُ امرأةً بإذن مولاه[4]، ثم طلَّقَها: وَقَعَ طلاقُه عليها، ولا يقعُ طلاقُ مولاه علىٰ امرأته)؛ لأن مِلْكَ النكاحِ حَقُّ العبد، فيكونُ الإسقاطُ إليه، دونَ المولىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

البدر المنير ١٩/٥٦٧، وله عدة طرق، وألفاظ متقاربة، وينظر الدراية ٢/٧٠، التعريف والإخبار ٣/٤٦.

(١) أي عقدة النكاح.

(٢) أي الطلقة.

(٣) وفي نُسخ: عقدتان.

(٤) قوله: بإذن مولاه: مثبتٌ في بداية المبتدي ص٢٣٨، وفي طبعات الهداية القديمة.

باب إيقاع الطلاق

الطلاقُ علىٰ ضَرْبَيْن : صريحٌ، وكنايةٌ.

فالصريحُ : قولُه : أنتِ طالقٌ، ومُطلَّقةٌ، وطلَّقتُكِ، فهذا يقعُ به الطلاقُ الرجعيُّ، ولا يَفتقِرُ إلىٰ النية، وكذا إذا نوىٰ به الإبانةَ.

ولو نوىٰ الطلاقَ عن وَثَاقٍ : لم يُديَّن في القضاء.

باب إيقاع الطلاق

قال: (الطلاقُ[1] علىٰ ضَرْبَيْن: صريحٌ، وكنايةٌ.

فالصريحُ: قولُه: أنتِ طالقٌ، ومُطلَّقةٌ، وطلَّقتُكِ، فهذا يقعُ به الطلاقُ الرجعيُّ)؛ لأن هذه الألفاظَ تُستعمَلُ في الطلاق، ولا تُستعمَلُ في غيره، فكان صريحاً، وأنه يُعْقِبُ[2] الرجعةَ بالنصِّ[3].

(ولا يَفتقِرُ إلىٰ النية)؛ لأنه صريحٌ فيه؛ لغلبة الاستعمال.

(وكذا إذا نوىٰ به الإبانةَ)؛ لأنه قَصَدَ تنجيزَ ما علَّقه الشرعُ بانقضاء العِدَّة، فيُرَدُّ عليه.

قال: (ولو نوىٰ الطلاقَ عن وَثَاقٍ[4]: لم يُديَّن في القضاء)؛ لأنه خلافُ الظاهر.

---

(١) أي التطليق.

(٢) وضُبطت في نُسخ: يُعَقِّبُ.

(٣) وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾. البقرة /٢٢٨، سمَّاه: بَعْلاً، فدلَّ علىٰ أن الطلاقَ الرجعيَّ لا يُبطِل الزوجيةَ. البناية ٦/٣٥٣.

(٤) أي عن قيدٍ.

ويُدَيَّنُ فيما بينَه وبينَ الله تعالىٰ.

ولو نوىٰ به: الطلاقَ عن العمل: لم يُدَيَّنْ في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يقعُ به إلا واحدةٌ وإنْ نوىٰ أكثرَ من ذلك.

(ويُدَيَّنُ فيما بينَه وبينَ الله تعالىٰ)؛ لأنه نَوَىٰ ما[1] يَحتمِلُه.

قال: (ولو نوىٰ به[2]: الطلاقَ **عن العمل**: لم يُدَيَّنْ في القضاء، ولا فيما بينه وبين اللهِ تعالىٰ)؛ لأن الطلاقَ لرفع القيد، وهي[3] غيرُ مقيَّدةٍ بالعمل.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يُدَيَّنُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه[4] يُستعمَلُ للتخليص.

ولو قال: أنتِ مُطْلَقةٌ: بتسكين الطاء: لا يكون طلاقاً إلا بالنية؛ لأنها غيرُ مستعمَلَةٍ فيه عُرْفاً، فلم يكن صريحاً.

قال: (ولا يقعُ به إلا واحدةٌ وإنْ نوىٰ أكثرَ من ذلك).

وقال الشافعيُّ[5] رحمه الله: يقعُ ما نوىٰ؛ لأنه محتَمَلُ لفظِه، فإنَّ ذِكْرَ

---

(١) قوله: نوىٰ ما: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي نوىٰ بقوله: طالقٌ.

(٣) أي المرأة، وفي نُسخ: وهو غير مقيَّد. قلت: والتذكير محمولٌ علىٰ شخص المرأة.

(٤) أي الطلاق.

(٥) له قولان. مغني المحتاج ٣/٢٧٨.

وإذا قال: أنتِ الطلاقُ، أو: أنتِ طالِقٌ الطلاقَ، أو: أنتِ طالقٌ طلاقاً: فإن لم تكنْ له نيةٌ، أو نوىٰ واحدةً، أو ثِنْتين: فهي واحدةٌ رجعيةٌ، وإن نوىٰ ثلاثاً: فثلاثٌ.

الطالق: ذِكْرٌ للطلاق، لغةً، كذِكْر العالِم: ذِكْرٌ للعِلْم، ولهذا يصحُّ قِرانُ العددِ به[١]، فيكون نَصْباً علىٰ التمييز[٢].

ولنا: أنه نعتٌ فَرْدٌ[٣]، حتىٰ قيل للمَثْنىٰ: طالقان، وللثلاث: طوالقُ، فلا يَحتملُ العددَ؛ لأنه ضدُّه.

وذِكْرُ: الطالِق: ذِكْرٌ لطلاقٍ هو صفةٌ للمرأة، لا لطلاقٍ هو تطليقٌ، والعددُ الذي يُقرَنُ به: نعتٌ لمصدرٍ محذوف، معناه: طلاقاً ثلاثاً، كقولِكَ: أعطيتُه جزيلاً: أي عطاءً جزيلاً.

قال: (وإذا قال: أنتِ الطلاقُ، أو: أنتِ طالِقٌ الطلاقَ، أو: أنتِ طالقٌ طلاقاً: فإن لم تكنْ له نيةٌ، أو نوىٰ واحدةً، أو ثِنْتين: فهي واحدةٌ رجعيةٌ، وإن نوىٰ ثلاثاً: فثلاثٌ).

ووقوعُ الطلاقِ باللفظة الثانية والثالثةِ: ظاهرٌ؛ لأنه لو ذَكَرَ النعتَ وحدَه: يقعُ به الطلاقُ، فإذا ذَكَرَه وذَكَرَ المصدرَ معه، وإنه[٤] يزيدُه وكَادةً: أَوْلىٰ.

---

(١) أي بقوله: أنت طالق.

(٢) وفي نُسخ: التفسير. وكُتب عليها في النسخ الخطية: أي التمييز.

(٣) وضُبطت في نُسخ: نعتُ فردٍ. بالإضافة.

(٤) أي والحالُ أنَّ ذِكْر المصدر مع النعت يزيدُه وكَادةً. البناية ٦/٣٥٧.

. . . .

وأما وقوعُه باللفظة الأُوْلىٰ: فلأنَّ المصدرَ قد يُذكَرُ ويُراد به الاسمُ، يقال: رجلٌ عَدْلٌ، أي عادِلٌ، فصار بمنزلة قولِه: أنتِ طالقٌ.

وعلىٰ هذا: لو قال: أنتِ طلاقٌ: يقع الطلاقُ به أيضاً، ولا يُحتاجُ فيه إلىٰ النية.

ويكونُ رجعياً؛ لِمَا بيَّنَّا أنه صريحُ الطلاقِ؛ لغلبة الاستعمال فيه.

وتصحُّ نيةُ الثلاثِ فيه؛ لأن المصدرَ يحتمِلُ العمومَ والكثرةَ؛ لأنه اسمُ جنسٍ، فيُعتَبَرُ بسائر أسماءِ الأجناس، فيتناولُ الأدنىٰ مع احتمال الكلِّ.

ولا تصح نيةُ الثِّنْتَيْن فيها[1].

خلافاً لزفر رحمه الله، هو يقول: إن الثنتين بعضُ الثلاث، فلما صحَّتْ نيةُ الثلاث: صحَّتْ نيةُ بعضِها ضرورةً.

ونحن نقول: إن نيةَ الثلاثِ إنما صحَّتْ لكونها جنساً، حتىٰ لو كانت المرأةُ أَمَةً: تصحُّ نيةُ الثنتين؛ باعتبار معنىٰ الجنسية، أما الثنتان في حقِّ الحرةِ: فعددٌ، واللفظُ لا يحتَمِلُ العددَ.

وهذا لأن معنىٰ التوحُّدِ مُراعىً في ألفاظِ الوُحْدان، وذلك بالفردية أو الجنسية، والمَثْنىٰ بمَعْزِلٍ منهما[2].

---

(١) أي في المسائل المذكورة. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٢) أي من الفردية والجنسية.

ولو قال : أنتِ طالقٌ الطلاقَ، وقال : أردتُ بقولي : طالقٌ : واحدةً، وبقولي : الطلاقَ : أخرىٰ : يُصدَّقُ.

وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ جُملتِها، أو إلىٰ ما يُعبَّرُ به عن الجُمْلة : وَقَعَ الطلاقُ.

وذلك مثلُ أن يقولَ : أنتِ طالقٌ، أو رقبتُكِ طالقٌ، أو عُنُقُكِ أو رأسُك أو رُوحُكِ أو بَدَنُكِ أو جسدُكِ أو فَرْجُكِ أو وَجْهُكِ.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ الطلاقَ، وقال: أردتُ بقولي: طالقٌ: واحدةً، وبقولي: الطلاقَ: أخرىٰ: يُصدَّقُ)؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما صالحٌ للإيقاع، فكأنه قال: أنتِ طالقٌ وطالقٌ، فيقعُ رجعيَّتان إذا كانتْ مَدْخولاً بها.

قال: (وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ جُملتِها، أو إلىٰ ما يُعَبَّرُ به عن الجُمْلة: وَقَعَ الطلاقُ)؛ لأنه أُضيف إلىٰ مَحلِّه.

(وذلك مثلُ أن يقولَ: أنتِ طالقٌ)؛ لأن التاءَ ضميرُ المرأة، (أو) يقولَ: (رقبتُكِ طالقٌ، أو عُنُقُكِ) طالقٌ، (أو رأسُك) طالقٌ، (أو رُوحُكِ أو بَدَنُكِ أو جسدُكِ أو فَرْجُكِ أو وَجْهُكِ)؛ لأنه يُعبَّرُ بها عن جميع البدن.

أما الجسد والبدن: فظاهرٌ، وكذلك غيرُهما.

قال الله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾. المجادلة/٣.

وقال تعالىٰ: ﴿فَظَلَّتۡ أَعۡنَٰقُهُمۡ لَهَا خَٰضِعِينَ﴾. الشعراء/٤.

وكذلك إن طلَّق جُزْءاً شائعاً منها، مثلُ أن يقولَ: نصفُكِ أو ثُلُثُكِ طالقٌ، ولو قال: يدُكِ طالقٌ، أو رِجْلُكِ طالقٌ: لم يقعِ الطلاقُ.

وقال عليه الصلاة والسلام: «لَعَنَ اللهُ الفُروجَ علىٰ السُّرُوج»[١].

ويُقال: فلانٌ رأسُ القوم، ويا وَجْهَ العرب، وهَلَكَ روحُه: بمعنىٰ: نفسُه.

ومن هذا القَبِيل: الدمُ، في روايةٍ، يُقال: دَمُه هَدَرٌ.

ومنه: النفسُ، وهو ظاهرٌ.

قال: (وكذلك إن طلَّق جُزْءاً شائعاً منها، مثلُ أن يقولَ: نصفُكِ أو ثُلُثُكِ طالقٌ)؛ لأن الجزءَ الشائعَ مَحَلٌّ لسائر التصرفات، كالبيع وغيره، فكذا يكونُ مَحَلاًّ للطلاق، إلا أنه لا يتجزّأ في حقِّ الطلاق، فيثبتُ في الكلِّ ضرورةً.

قال: (ولو قال: يدُكِ طالقٌ، أو رِجْلُكِ طالقٌ: لم يقعِ الطلاقُ).

وقال زفر والشافعيُّ[٢] رحمهما الله: يقعُ.

وكذا الخلافُ في كلِّ جزءٍ معيَّنٍ لا يُعبَّرُ به عن جميع البدن.

لهما: أنه جزءٌ مستَمتَعٌ بعقد النكاح، وما هذا حالُه: يكون مَحَلاًّ لحُكْم النكاح، فيكون مَحَلاًّ للطلاق، فيثبتُ الحكمُ فيه؛ قضيةً للإضافة[٣]، ثم يَسْري إلىٰ الكلِّ، كما في الجزءِ الشائع.

---

(١) قال في نصب الراية ٣/٢٢٨: غريب جداً، وفي الدراية ٢/٧١: لم أجده.

(٢) الحاوي الكبير ١٠/٣٤١.

(٣) أي توفيةً لحقِّ إضافة الطلاق فيه.

وإن طلَّقَها نِصْفَ تطليقةٍ، أو ثُلُثَها : كانت طالِقاً تطليقةً واحدةً.

ولو قال لها : أنتِ طالقٌ ثلاثةَ أنصافِ تطليقتَيْن : فهي طالقٌ ثلاثاً.

بخلاف ما إذا أُضيفَ إليه النكاحُ؛ لأنَّ التعدِّي ممتَنِعٌ، إذِ الحُرْمةُ في سائر الأجزاء تَغلِبُ الحِلَّ في هذا الجزء، وفي الطلاقِ: الأمرُ علىٰ القلب.

ولنا: أنه أضاف الطلاقَ إلىٰ غير مَحَلِّه، فيَلْغُو، كما إذا أضافه إلىٰ رِيْقِها، أو ظُفُرِها.

وهذا لأن مَحَلَّ الطلاق ما يكون فيه القيدُ؛ لأنه يُنْبِئُ عن رَفْعِ القيدِ، ولا قيدَ في اليد.

ولهذا لا تصحُّ إضافةُ النكاحِ إليه، بخلاف الجزءِ الشائع؛ لأنه مَحَلٌّ للنكاح عندنا، حتىٰ تصحُّ إضافتُه إليه، فكذا يكون مَحَلاًّ للطلاق.

واختلفوا في الظَّهْرِ، والبطنِ، والأظهرُ: أنه لا يصحُّ؛ لأنه لا يُعبَّرُ بهما عن جميعِ البدن.

قال: (وإن طلَّقَها نِصْفَ تطليقةٍ، أو ثُلُثَها: كانت طالِقاً تطليقةً واحدةً)؛ لأن الطلاقَ لا يتجزَّأ، وذِكْرُ بعضِ ما لا يتجزَّأ: كذِكْرِ الكلِّ.

وكذا الجوابُ في كلِّ جزءٍ سمَّاه؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولو قال لها: أنتِ طالقٌ ثلاثةَ أنصافِ تطليقتَيْن: فهي طالقٌ ثلاثاً)؛ لأن نصفَ التطليقتَيْن: تطليقةٌ، فإذا جُمِعَ بين ثلاثةِ أنصاف: تكون ثلاثُ تطليقات؛ ضرورةً.

ولو قال لها : أنتِ طالقٌ ثلاثةَ أنصافِ تطليقةٍ : قيل : تقعُ تطليقتان، وقيل : تقع ثلاثُ تطليقات.

ولو قال : أنتِ طالقٌ من واحدةٍ إلىٰ ثِنْتين، أو : ما بين واحدةٍ إلىٰ ثِنْتين : فهي واحدةٌ.

ولو قال : من واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ، أو : ما بين واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ : فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : في الأُولىٰ : هي ثِنْتان، وفي الثانية : ثلاثٌ.

قال: (ولو قال لها: أنتِ طالقٌ ثلاثةَ أنصافِ تطليقةٍ: قيل: تقعُ تطليقتان)؛ لأنها طلقةٌ ونصفٌ، فتتكامَلُ.

(وقيل: تقع ثلاثُ تطليقات)؛ لأنَّ كلَّ نصفٍ يتكامَلُ في نفسها، فتصيرُ ثلاثاً.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ من واحدةٍ إلىٰ ثِنْتين، أو: ما بين واحدةٍ إلىٰ ثِنْتين: فهي واحدةٌ.

ولو قال: من واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ، أو: ما بين واحدةٍ إلىٰ ثلاثٍ: فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: في الأُولىٰ: هي ثِنْتان، وفي الثانية: ثلاثٌ).

وقال زفرُ رحمه الله: في الأُوْلىٰ: لا يقعُ شيءٌ، وفي الثانية: تقعُ واحدةٌ، وهو القياسُ؛ لأن الغايةَ لا تدخلُ تحت المضروبِ له الغايةُ، كما لو قال: بعتُ منكَ من هذا الحائطِ إلىٰ هذا الحائط.

ولو قال : أنتِ طالقٌ واحدةً في ثِنْتين، ونوىٰ الضربَ والحسابَ، أو لم تكن له نيةٌ : فهي واحدةٌ.

وَجْهُ قولهما، وهو الاستحسانُ، أنَّ مِثْلَ هذا الكلام متىٰ ذُكِرَ في العُرف: يُراد به الكلُّ، كما تقولُ لغيرك: خُذْ من مالي من درهمٍ إلىٰ مائةٍ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المرادَ بمثله[1]: الأكثرُ من الأقلِّ، والأقلُّ من الأكثرِ، فإنهم يقولون: سِنِّي من ستينَ إلىٰ سبعين، أو ما بين ستين إلىٰ سبعين، ويريدون به ما ذكرناه.

وإرادةُ الكلِّ: فيما طريقُه طريقُ الإباحة، كما ذَكَرَا[2]، والأصلُ في الطلاق هو الحظرُ.

ثم الغايةُ الأُولىٰ لا بدَّ أن تكونَ موجودةً؛ ليترتَّبَ عليها الثانيةُ، ووجودُها بوقوعها، بخلاف البيع؛ لأن الغايةَ فيه موجودةٌ قبلَ البيع.

ولو نوىٰ واحدةً: يُدَيَّنُ دِيانةً، لا قضاءً؛ لأنه محتمَلُ كلامِه، لكنه خلافُ الظاهر.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً في ثِنْتين، ونوىٰ الضربَ والحسابَ، أو لم تكن له نيةٌ: فهي واحدةٌ).

وقال زفرُ رحمه الله: تقعُ ثنتان؛ لعُرْف الحُسَّاب، وهو قولُ الحسن بن زياد رحمه الله.

---

(١) أي بمثل هذا الكلام.

(٢) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله. البناية ٦/٣٦٦.

فإن نوىٰ واحدةً وثِنْتين : فهي ثلاثٌ، وإن نوىٰ واحدةً مع ثنتين : تَقَعُ الثلاثُ، ولو نوىٰ الظرفَ : تقعُ واحدةٌ.

ولو قال : اثنتَيْن في اثنتَيْن، ونوىٰ الضربَ والحسابَ : فهي ثِنتان.

ولنا: أن عَمَلَ الضربِ أثره في تكثير الأجزاء، لا في زيادةِ المضروب، وتكثيرُ أجزاءِ التطليقةِ: لا يوجِبُ تعدُّدَها.

(فإن نوىٰ واحدةً وثِنْتين: فهي ثلاثٌ)؛ لأنه يحتمِلُه، فإنَّ حرفَ الواو: للجمع، والظرفُ يُجمَعُ إلىٰ المظروف[1].

ولو كانت غيرَ مدخولٍ بها: تقعُ واحدةٌ، كما في قوله: واحدةً وثنتين.

(وإن نوىٰ واحدةً مع ثنتين: تَقَعُ الثلاثُ).

لأن كلمةَ: في: تأتي بمعنىٰ: مع، كما في قولِه تعالىٰ: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾. الفجر/٢٩، أي مع عبادي.

(ولو نوىٰ الظرفَ: تقعُ واحدةٌ)؛ لأن الطلاقَ لا يَصلُحُ ظرفاً، فيلغو ذِكْرُ الثاني.

قال: (ولو قال: اثنتَيْن في اثنتَيْن، ونوىٰ الضربَ والحسابَ: فهي ثِنتان).

وعند زفر رحمه الله: ثلاثٌ؛ لأن قضيتَه أن تكون أربعاً، لكن لا مزيدَ للطلاقِ علىٰ الثلاث.

وعندنا: الاعتبارُ للمذكور الأول، علىٰ ما بيَّنَّاه.

---

(١) وفي نُسخ: والظرفُ يَجمعُ المظروفَ.

ولو قال: أنتِ طالقٌ من ها هنا إلىٰ الشام: فهي واحدةٌ، ويَملِكُ الرجعةَ.

ولو قال: أنتِ طالقٌ بمكةَ، أو في مكةَ: فهي طالقٌ في الحال، في كلِّ البلاد.

وكذلك قوله: أنتِ طالقٌ في الدار.

وكذا إذا قال: أنتِ طالقٌ وأنتِ مريضةٌ.

وإن نوىٰ: إنْ مرضتِ: لم يُدَيَّن في القضاء.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ من ها هنا إلىٰ الشام: فهي واحدةٌ، ويَملِكُ الرجعةَ).

وقال زفر رحمه الله: هي بائنةٌ؛ لأنه وَصَفَ الطلاقَ بالطُّوْل.

قلنا: لا، بل وَصَفَه بالقِصَر؛ لأنه متىٰ وقع: وَقَعَ في الأماكن كلها.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ بمكةَ، أو في مكةَ: فهي طالقٌ في الحال، في كلِّ البلاد.

وكذلك قوله: أنتِ طالقٌ في الدار)؛ لأن الطلاقَ لا يتخصَّصُ بمكانٍ، دونَ مكانٍ.

وإن عَنَىٰ به: إذا أتيتِ مكةَ: يُصدَّقُ دِيانةً، لا قضاءً؛ لأنه نوىٰ الإضمارَ، وهو خلافُ الظاهر.

قال: (وكذا إذا قال: أنتِ طالقٌ وأنتِ مريضةٌ.

وإن نوىٰ: إنْ مرضتِ: لم يُدَيَّن في القضاء.

ولو قال : أنتِ طالقٌ إذا دخلتِ مكةَ : لم تطلُقْ حتىٰ تدخلَ مكةَ .

ولو قال: أنتِ طالقٌ إذا دخلتِ مكةَ: لم تطلُقْ حتىٰ تدخلَ مكةَ)؛ لأنه علَّقه بالدخول.

ولو قال: أنتِ طالقٌ في دخولِك الدارَ: يتعلَّقُ بالفعل؛ لمقارَبةٍ[1] بين الشرط والظرف، فحُمِل عليه عند تعذُّر الظرفية، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي لمناسبةٍ بينهما. وفي نُسخ: لمقارنة. بالنون.

فصلٌ

في إضافة الطلاق إلىٰ الزمان

ولو قال : أنتِ طالقٌ غداً : وَقَعَ الطلاقُ عليها بطلوع الفجر .

ولو قال : أنتِ طالقٌ اليومَ غداً، أو غداً اليومَ : فإنه يؤخَذُ بأول الوقتَيْن الذي تَفَوَّه به .

فصلٌ

في إضافة الطلاق إلىٰ الزمان

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ غداً: وَقَعَ الطلاقُ عليها بطلوع الفجر)؛ لأنه وَصَفَها بالطلاق في جميع الغَدِ، وذلك بوقوعه في أول جزءٍ منه.

ولو نوىٰ به آخِرَ النهار: صُدِّقَ ديانةً، لا قضاءً؛ لأنه نوىٰ التخصيصَ في العموم، وهو يَحتَمِلُه، لكنه مخالِفٌ للظاهر.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ اليومَ غداً، أو غداً اليومَ: فإنه يؤخَذُ بأول الوقتَيْن الذي تَفَوَّه به)، فيقعُ في الأول: في اليوم، وفي الثاني: في الغد؛ لأنه لَمَّا قال: اليومَ: كان تنجيزاً، والمنجَّزُ لا يحتملُ الإضافة.

وإذا قال: غداً: كان إضافةً، والمضافُ لا يَتنجَّزُ؛ لِمَا فيه من إبطال الإضافة، فلَغَا اللفظُ الثاني في الفصلَيْن.

ولو قال: أنتِ طالقٌ في غَدٍ، وقال: نويتُ آخِرَ النهارِ: دُيِّنَ في القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يُديَّنُ في القضاءِ خاصةً.

ولو قال: أنتِ طالقٌ أمسِ، وقد تزوَّجها اليومَ: لم يقعْ شيءٌ.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ في غَدٍ، وقال: نويتُ آخِرَ النهارِ: دُيِّنَ في القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يُديَّنُ في القضاءِ خاصةً)؛ لأنه وَصَفَها بالطلاق في جميع الغد، فصار بمنزلة قولِه: غداً، علىٰ ما بيَّنَّاه.

ولهذا يقعُ في أوَّلِ جزءٍ منه عند عدمِ النية، وهذا لأنَّ حَذْفَ: في: وإثباتَه: سواءٌ؛ لأنه ظَرْفٌ في الحالَيْن.

ولأبي حنيفة رحمة الله: أنه نوىٰ حقيقةَ كلامِه؛ لأن كلمةَ: في: للظرف، والظرفيةُ لا تقتضي الاستيعابَ، وتعيَّنَ الجزءُ الأولُ؛ ضرورةَ عدمِ المُزاحِم.

فإذا عُيِّنَ آخِرُ النهار: كان التعيينُ القصديُّ أَوْلىٰ بالاعتبار من الضروريِّ.

بخلاف قولِه: غداً؛ لأنه يقتضي الاستيعابَ، حيثُ وَصَفَها بهذه الصفةِ مضافاً إلىٰ جميع الغد.

نظيرُه: إذا قال: واللهِ لأصومَنَّ عُمُري.

ونظيرُ الأولِ: واللهِ لأصومَنَّ في عمري.

وعلىٰ هذا: الدهرُ، و: في الدهر.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ أمسِ، وقد تزوَّجها اليومَ: لم يقعْ شيءٌ)؛

ولو تزوَّجها أولَ من أمسِ : وَقَعَ الساعةَ .

ولو قال : أنتِ طالقٌ قبلَ أن أتزوَّجكِ : لم يقعْ شيءٌ .

ولو قال : أنتِ طالقٌ ما لم أطلِّقْكِ، أو : متىٰ لم أطلِّقْكِ، أو : متىٰ ما لم أطلِّقْك، وسَكَتَ : طَلُقَتْ.

لأنه أَسنَدَه إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ لمالكيَّة الطلاق، فيلغو[١]، كما إذا قال: أنتِ طالقٌ قبلَ أن أُخْلَق.

ولأنه يُمكنُ تصحيحُه إخباراً عن عدم النكاح، أو عن كونِها مطلَّقةً بتطليقِ غيرِه من الأزواج.

قال: (ولو تزوَّجها أولَ من أمسِ: وَقَعَ الساعةَ)؛ لأنه ما أسنَدَه إلىٰ حالةٍ منافيةٍ، ولا يُمكن تصحيحُه إخباراً أيضاً، فكان إنشاءً، والإنشاءُ في الماضي: إنشاءٌ في الحال، فيقعُ الساعةَ.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ قبلَ أن أتزوَّجكِ: لم يقعْ شيءٌ)؛ لأنه أسنَدَه إلىٰ حالةٍ منافيةٍ، فصار كما إذا قال: طلَّقْتُك وأنا صبيٌّ أو نائمٌ، أو يُصحَّحُ إخباراً، علىٰ ما ذكرنا.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ ما لم أطلِّقْكِ، أو: متىٰ لم أطلِّقْكِ، أو: متىٰ ما لم أطلِّقْك، وسكَتَ: طَلُقَتْ)؛ لأنه أضاف الطلاقَ إلىٰ زمانٍ خالٍ عن التطليق، وقد وُجِدَ حيثُ سكَتَ.

وهذا لأنَّ كلمةَ: متىٰ: ومتىٰ ما: صريحٌ في الوقت؛ لأنهما من ظروف الزمان.

---

(١) أي الإسناد.

ولو قال : أنتِ طالقٌ إن لم أطلِّقْكِ : لم تَطلُقْ حتىٰ يموتَ .

ولو قال : أنت طالِقٌ إذا لم أطلِّقْكِ، أو : إذا ما لم أطلِّقْك : لم تطلُق حتىٰ يموتَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : تطلُقُ حين سكَتَ .

وكذا كلمة: ما: للوقت(١)، قال الله تعالىٰ(٢): ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا ﴾. مريم/٣١: أي وقتَ الحياة.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ إن لم أطلِّقْكِ: لم تَطلُقْ حتىٰ يموتَ)؛ لأن العدمَ لا يتحقَّقُ إلا باليأس عن الحياة، وهو الشرطُ، كما في قوله: إن لم آتِ البصرةَ.

وموتُها: بمنزلة موتِه، هو الصحيح.

قال: (ولو قال: أنت طالِقٌ إذا لم أطلِّقْكِ، أو: إذا ما لم أطلِّقْك: لم تطلُق حتىٰ يموتَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تطلُقُ حين سكَتَ)؛ لأن كلمةَ: إذا: للوقت، قال الله تعالىٰ: ﴿إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ ﴾. التكوير/١.

وقال قائلُهم(٣):

وإذا تكونُ كَرِيْهةٌ: أُدْعَىٰ لها   وإذا يُحَاسُ الحَيْسُ: يُدعَىٰ جُندَبُ

فصار بمنزلة: متىٰ، ومتىٰ ما.

---

(١) أي تُستعمل للوقت. البناية ٣٧٤/٦، ولفظ: للوقت: مثبتٌ في بعض طبعات الهداية، وكذلك في البناية.

(٢) حكايةً عن عيسىٰ عليه الصلاة والسلام.

(٣) أُختُلف في اسم الناظم. البناية ٣٧٥/٦.

. . . .

ولهذا لو قال لامرأته: أنتِ طالقٌ إذا شئتِ: لا يَخرجُ الأمرُ من يدها بالقيام عن المجلس، كما في قولِه: متىٰ شئتِ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ كلمةَ: إذا[١]: تُستعمَلُ في الشرط أيضاً، قال قائلهم[٢]:

واستَغْنِ ما أغناكَ ربُّك بالغنىٰ وإذا تُصِبْكَ خَصاصةٌ[٣] فتجَمَّلِ

فإن أُريد به[٤] الشرطُ: لم تَطلُقْ في الحال، وإن أُريد به الوقتُ: تَطلُقُ، فلا تطلُقُ بالشك والاحتمال.

بخلاف مسألة المشيئة؛ لأنه علىٰ اعتبار أنه للوقت: لا يخرجُ الأمرُ من يدها، وعلىٰ اعتبار أنه للشرط: يخرجُ، والأمرُ صار في يدها، فلا يخرج بالشك والاحتمال.

وهذا الخلافُ فيما إذا لم تكن له نيةٌ البتَّةَ، أما إذا نوىٰ الوقتَ: يقعُ في الحال.

ولو نوىٰ الشرطَ: يقعُ في آخرِ العُمُرِ؛ لأن اللفظَ يَحتمِلُهما.

---

(١) هكذا جاءت جملة: أنَّ كلمة: إذا: في طبعات الهداية القديمة، وأما النسخ الخطية ففيها: أنه يُستعمل في الشرط أيضاً. قلت: والمراد من لفظ: أنه: أي لفظ: إذا.

(٢) البيت لعبد قيس بن خفاف البرجمي التميمي، من معاصري حاتم الطائي والنابغة الذبياني، وهو من الكامل، من قصيدة مشهورة في المعلَّقات. البناية ٦/٣٧٦.

(٣) أي مجاعةٌ.

(٤) أي لفظ: إذا.

ولو قال : أنتِ طالقٌ ما لم أطلِّقْكِ أنتِ طالق : فهي طالقٌ بهذه التطليقة .

ومَن قال لامرأةٍ : يومَ أتزوَّجُكِ فأنتِ طالقٌ : فتزوَّجها ليلاً : طلُقتْ .

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ ما لم أطلِّقْكِ أنتِ طالقٌ: فهي طالقٌ بهذه التطليقة)، معناه: قال ذلك موصولاً به.

والقياسُ أن يقعَ المضافُ، فيقعان إن كانت مدخولاً بها، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنه وُجِدَ زمانٌ لم يُطلِّقْها فيه وإن قلَّ، وهو زمانُ قولِه: أنتِ طالقٌ: قبل أن يفرُغ منها.

وجهُ الاستحسان: أن زمانَ البرِّ مستثنىً عن اليمين، بدلالة الحال[1]؛ لأن البرَّ هو المقصودُ، ولا يُمكنُه تحقيقُ البرِّ إلا أن يُجعَلَ هذا القدرُ مستثنىً عنه.

وأصلُه: مَن حَلَفَ لا يَسكنُ هذه الدارَ، فاشتغَلَ بالنُّقْلَة من ساعته، وأخواتُه[2]، علىٰ ما يأتيك في باب الأيمان إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ومَن قال لامرأةٍ: يومَ أتزوَّجُكِ فأنتِ طالقٌ: فتزوَّجها ليلاً: طلُقتْ)؛ لأن اليومَ يُذكَرُ ويُرادُ به بياضُ النهار، فيُحمَلُ عليه إذا قُرِنَ بفعلٍ يمتدُّ، كالصوم، والأمرُ باليد؛ لأنه يُرادُ به المعيارُ، وهذا أليقُ به.

ويُذكَرُ ويُرادُ به مطلَقُ الوقت.

---

(١) وفي نُسخ: بدلالة حاله.

(٢) أي وأخوات: مَن حَلَفَ، وهي قولُه: لا يلبَسُ هذا الثوبَ وهو لابِسُه، فنَزَعَه في الحال، ولا يركبُ هذه الدابة وهو راكبها.

. . . .

قال الله تعالىٰ: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ ﴾. الأنفال/١٦، والمرادُ به: مطلَقُ الوقت، فيُحمَلُ عليه إذا قُرِنَ بفعلٍ لا يَمتدُّ، والتزوُّجُ والطلاقُ من هذا القَبيل، فيَنتظمُ الليلَ والنهارَ.

ولو قال: عَنَيْتُ به بياضَ النهار خاصةً: دُيِّنَ في القضاء؛ لأنه نوىٰ حقيقةَ كلامِه، والليلُ لا يتناولُ إلا السوادَ، والنهارُ يتناولُ البياضَ خاصةً، هو اللغةُ[1]، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊ ❊ ❊

---

(١) وفي طبعات الهداية: والنهارُ لا يتناول إلا البياضَ خاصةً، وهذا هو اللغة.

فصلٌ

ومَن قال لامرأته: أنا منكِ طالقٌ: فليس بشيءٍ وإنْ نوىٰ طلاقاً.

ولو قال: أنا منكِ بائنٌ، أو: أنا عليكِ حرامٌ، ينوي الطلاقَ: فهي طالقٌ.

فصلٌ

في إضافة الطلاقِ إلىٰ النساء

قال: (ومَن قال لامرأته: أنا منكِ طالقٌ: فليس بشيءٍ وإنْ نوىٰ طلاقاً.

ولو قال: أنا منكِ بائنٌ، أو: أنا عليكِ حرامٌ، ينوي الطلاقَ: فهي طالقٌ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يقعُ الطلاقُ في الوجهِ الأول أيضاً إذا نوىٰ؛ لأنَّ مِلْكَ النكاحِ مشترَكٌ بين الزوجين، حتىٰ مَلَكَتْ هي المطالبةَ بالوطء، كما يملكُ هو المطالبةَ بالتمكِين.

وكذا الحِلُّ مشترَكٌ بينهما.

والطلاقُ وُضِعَ لإزالتهما، فيصحُّ مضافاً إليه، كما صحَّ مضافاً إليها، كما في الإبانة والتحريم.

---

(١) المهذب ٣/ ١٠.

ولو قال : أنتِ طالقٌ واحدةً، أوْ لا : فليس بشيءٍ.

ولنا: أن الطلاقَ وُضِعَ لإزالة القيد، وهو فيها[١]، دونَ الزوج، ألا ترىٰ أنها هي الممنوعةُ عن التزوُّجِ بزوجٍ آخَرَ، والخروجِ.

ولو كان لإزالة الملك: فهو عليها؛ لأنها مملوكةٌ، والزوجُ مالِكٌ، ولهذا سُمِّيت: منكوحةً.

بخلاف الإبانة؛ لأنها لإزالة الوُصْلة، وهي مشتركةٌ بينهما.

وبخلاف التحريم؛ لأنه لإزالة الحِلِّ، وهو مشترَكٌ بينهما، فصحَّت إضافتُهما إليهما، ولا تصحُّ إضافةُ الطلاق إلا إليها.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً، أوْ لا: فليس بشيءٍ).

قال رضي الله عنه: كذا ذَكَرَه في «الجامع الصغير[٢]»، من غير خلافٍ، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله آخِراً.

وعلىٰ قول محمدٍ رحمه الله، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً: تَطلُق واحدةً رجعيةً.

ذُكِرَ قولُ محمدٍ رحمه الله في كتاب الطلاق[٣]، فيما إذا قال لامرأته: أنتِ طالقٌ واحدةً، أوْ لا شيءَ.

ولا فرقَ بين المسألتين.

---

(١) أي القيد في المرأة، دون الزوج، يعني القيد للنكاح حصل للرجل علىٰ المرأة، لا المرأة علىٰ الرجل.

(٢) ص١٠٩.

(٣) أي من كتاب الأصل.

ولو قال : أنتِ طالقٌ مع موتي ، أو : مع موتِك : فليس بشيءٍ .

وإذا مَلَكَ الزوجُ امرأتَه ، أو شِقْصاً منها ، أو مَلَكَتِ المرأةُ . . . .

ولو كان المذكورُ ها هنا قولَ الكلِّ: فعن محمدٍ رحمه الله روايتان.

له: أنه أدخل الشكَّ في الواحدة؛ لدخول كلمةِ: أو: بينها وبين النفي، فيسقطُ اعتبارُ الواحدة، ويبقىٰ قولُه: أنتِ طالقٌ.

بخلاف قولِه: أنتِ طالقٌ أوْ لا؛ لأنه أدخل الشكَّ في أصلِ الإيقاع، فلا يقعُ.

ولهما: أن الوصفَ متىٰ قُرِنَ بالعدد: كان الوقوعُ بذِكْرِ العدد، ألا ترىٰ أنه لو قال لغير المدخولِ بها: أنتِ طالقٌ ثلاثاً: تطلُقُ ثلاثاً، ولو كان الوقوعُ بالوصف: لَلَغَا ذِكْرُ الثلاث.

وهذا لأن الواقعَ في الحقيقة إنما هو المنعوتُ بالواحدة المحذوفُ، معناه: أنتِ طالقٌ تطليقةً واحدةً، علىٰ ما مرَّ.

وإذا كان الواقعُ ما كان العددُ نعتاً له: كان الشكُّ داخلاً في أصل[1] الإيقاع، فلا يقعُ شيءٌ.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ مع موتي، أو: مع موتِك: فليس بشيءٍ)؛ لأنه أضاف الطلاقَ إلىٰ حالةٍ منافيةٍ له؛ لأن موتَه ينافي الأهليةَ، وموتَها ينافي المَحَلِّية، ولا بدَّ منهما.

قال: (وإذا مَلَكَ الزوجُ امرأتَه، أو شِقْصاً منها، أو مَلَكَتِ المرأةُ

---

(١) لفظ: أصل: في طبعات الهداية القديمة.

زوجَها، أو شِقْصاً منه: وَقَعَتِ الفُرقةُ بينهما.

ولو اشتراها، ثم طلَّقَها: لم يقع شيءٌ.

وإن قال لها وهي أَمَةٌ لغيرِه: أنتِ طالقٌ ثِنْتين مع عِتْقِ مولاكِ إياكِ، فأعتَقَهَا مولاها: طَلُقَتْ ثنتين، ومَلَكَ الزوجُ الرَّجْعةَ.

زوجَها، أو شِقْصاً منه: وَقَعَتِ الفُرقةُ بينهما)؛ للمنافاة بين المِلْكَيْن.

أما مِلْكُها إياه: فللاجتماع بين المالكية والمملوكية.

وأما مِلْكُه إياها: فلأن مِلْكَ النكاح ضروريٌّ، ولا ضرورةَ مع قيام ملك اليمين؛ فينتفي النكاحُ.

قال: (ولو اشتراها، ثم طلَّقَها: لم يقع شيءٌ)؛ لأن الطلاقَ يستدعي قيامَ النكاح، ولا بقاءَ له مع المنافي، لا من وجهٍ[1]، ولا من كلِّ وجهٍ.

وكذا إذا مَلَكَتْه أو شِقْصاً منه: لا يقعُ الطلاقُ؛ لِمَا قلنا من المنافاة.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه يقعُ[2]؛ لأن العِدَّةَ واجبةٌ، بخلاف الفصلِ الأول[3]؛ لأنه لا عِدَّةَ هنالك، حتىٰ حَلَّ وطؤها له[4].

قال: (وإن قال لها وهي أَمَةٌ لغيرِه: أنتِ طالقٌ ثِنْتين مع عِتْقِ مولاكِ إياكِ، فأعتَقَهَا مولاها: طَلُقَتْ ثنتين[5]، ومَلَكَ الزوجُ الرَّجْعةَ)؛ لأنه علَّقَ

---

(١) أي من حيث العدة، ولا من كل وجه: أي من حيث ملك النكاح، وهذه المقولة متعلقة بقوله: ولا بقاء، ينظر البناية ٦/٣٨٦.

(٢) وهو ما إذا ملك الزوج امرأتَه. البناية ٦/٣٨٦.

(٣) أي الطلاق في الصورة الثانية.

(٤) أي بملك اليمين.

(٥) قوله: طلقت ثنتين: مثبتةٌ في النسخة السلطانية ٧٩٧هـ.

ولو قال لها: إذا جاء غَدٌ فأنتِ طالقٌ ثنتين، وقال لها المولىٰ: إذا جاء غَدٌ فأنتِ حرةٌ، فجاء الغدُ: لم تَحِلَّ له حتىٰ تَنكِحَ زوجاً غيرَه،. . . .

التطليقَ بالإعتاق أو العتقِ؛ لأن اللفظَ ينتظمُهما.

والشرطُ: ما يكون معدوماً[1] علىٰ خَطَرِ الوجود، وللحُكم تعلُّقٌ به، والمذكورُ[2] بهذه الصفة.

والمعلَّقُ به[3]: التطليقُ[4]؛ لأنَّ في التعليقات يصيرُ التصرفُ تطليقاً عند الشرط عندنا، وإذا كان التطليقُ معلَّقاً بالإعتاق أو العتق: يوجدُ بعدَه، ثم الطلاقُ يوجدُ بعد التطليق، فيكونُ الطلاقُ متأخِّراً عن العتق، فيصادفُها وهي حرةٌ، فلا تَحرُمُ حُرْمةً غليظةً بالثنتين.

يبقىٰ شيءٌ، وهو أنَّ كلمةَ: مع: للقِرَان.

قلنا: قد تُذكَرُ للتأخُّر[5]، كما في قوله تعالىٰ: ﴿ فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ[6] يُسْرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ﴾. سورة الشرح، فتُحمَلُ عليه بدليل ما ذكرنا من معنىٰ الشرط.

قال: (ولو قال لها: إذا جاء غَدٌ فأنتِ طالقٌ ثنتين، وقال لها المولىٰ: إذا جاء غَدٌ فأنتِ حرةٌ، فجاء الغدُ: لم تَحِلَّ له حتىٰ تَنكِحَ زوجاً غيرَه،

---

(١) أي وقد عُلِم أن الشرط ما يكون معدوماً، ويكون علىٰ خطر الوجود، والعتق والإعتاق بهذه المثابة شرطٌ علىٰ خطر الوجود. البناية ٦/٣٨٧.

(٢) أي العتق معدومٌ علىٰ خطر الوجود.

(٣) أي بالعتق.

(٤) لا الطلاق.

(٥) وفي نُسخ: للتأخير.

(٦) أي بعد العسر، فتُذكَر كلمة: مع: للتأخر.

وعِدَّتُها ثلاثُ حِيَضٍ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: زوجُها يَملِكُ الرجعةَ.

وعِدَّتُها ثلاثُ حِيَضٍ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: زوجُها يَملِكُ الرجعةَ)؛ لأن الزوجَ قَرَنَ الإيقاعَ بإعتاق المولىٰ، حيث علَّقَه بالشرط الذي علَّقَ به المولىٰ العتقَ.

وإنما ينعقدُ المعلَّقُ[1] سبباً عند الشرط، والعتقُ يقارِنُ الإعتاقَ؛ لأنه عِلَّتُه.

أصلُه: الاستطاعةُ مع الفعل، فيكونُ التطليقُ مقارِناً للعتق ضرورةً، فتَطلُقُ بعد العتق، فصار كالمسألة الأُولىٰ، ولهذا تُقدَّرُ عدَّتُها بثلاثِ حِيَض.

ولهما: أنه علَّقَ الطلاقَ بما علَّقَ به المولىٰ العتقَ، ثم العتقُ يصادفُها وهي أمةٌ، فكذا الطلاقُ، والطلقتان تُحَرِّمان الأمةَ حُرمةً غليظةً.

بخلاف المسألةِ الأُولىٰ؛ لأنه علَّقَ التطليقَ بإعتاق المولىٰ، فيقعُ الطلاقُ بعد العتق، علىٰ ما قرَّرناه.

وبخلاف العِدَّةِ؛ لأنه يُؤخَذُ فيها بالاحتياط.

وكذا الحُرْمةُ الغليظةُ يُؤخَذُ فيها بالاحتياط.

ولا وجهَ إلىٰ ما قال[2]؛ لأن العتقَ لو كان يُقارِنُ الإعتاقَ؛ لأنه عِلَّتُه: فالطلاقُ يُقارِنُ التطليقَ؛ لأنه عِلَّتُه أيضاً، فيقترنان، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الطلاق المعلَّق.

(٢) أي الإمام محمد رحمه الله. البناية ٦/٣٩٢.

فصلٌ

في تشبيه الطلاقِ، ووَصْفِه

ومَن قال لامرأته: أنتِ طالقٌ هكذا، يُشيرُ بالإبهام والسَّبَّابَة والوسطىٰ: فهي ثلاثٌ.

فصلٌ

في تشبيه الطلاقِ، ووَصْفِه

قال: (ومَن قال لامرأته: أنتِ طالقٌ هكذا، يُشيرُ بالإبهام والسَّبَّابَة والوسطىٰ: فهي ثلاثٌ)؛ لأن الإشارةَ بالأصابع تُفيدُ العلمَ بالعدد في مَجْرىٰ العادة إذا اقترنَتْ بالعدد المبهَم.

قال عليه الصلاة والسلام: «الشهرُ هكذا، وهكذا، وهكذا[1]»[2]. الحديث.

وإن أشار بواحدةٍ: فهي واحدةٌ.

وإن أشار بالثنتين: فهي ثنتان؛ لِمَا قلنا.

والإشارةُ تقعُ بالمَنشورة، لا بالمَضمومة منها.

وقيل: إذا أشار بظهورها: فبالمضمومة منها.

---

(١) أي أشار أولاً بأصابع يديه العشر جميعاً مرتين، وقبض الإبهامَ في المرة الثالثة، تعبيراً عن تسع وعشرين يوماً، وأشار مرة أخرىٰ بهما ثلاثَ مرات، تعبيراً عن ثلاثين يوماً. اهـ فتح الباري ٤/١٢٧.

(٢) صحيح البخاري (١٩١٣)، صحيح مسلم (١٠٨٠).

وإذا وَصَفَ الطلاقَ بضربٍ من الزيادة والشدة: كان بائناً، مثلُ أن يقولَ: أنتِ طالقٌ بائنٌ، أو البتَّةَ.

وإذا كان تقعُ الإشارةُ بالمنشورة منها: فلو نوىٰ الإشارةَ بالمَضمومَتَيْن: يُصدَّق دِيانةً، لا قضاءً.

وكذا إذا نوىٰ الإشارةَ بالكَفِّ، حتىٰ تقعُ في الأُولىٰ: ثنتان دِيانةً، وفي الثانية: واحدةٌ؛ لأنه يحتمِلُه، لكنه خلافُ الظاهر.

ولو لم يقُلْ: هكذا: تقعُ واحدةٌ؛ لأنه لا تَقترنُ الإشارةُ بالعدد المبهَم، فبَقِيَ الاعتبارُ لقولِه: أنتِ طالقٌ.

قال: (وإذا وَصَفَ الطلاقَ بضربٍ من الزيادة والشدة: كان بائناً، مثلُ أن يقولَ: أنتِ طالقٌ بائنٌ، أو البتَّةَ).

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يقعُ رجعياً إذا كان بعدَ الدخولِ بها؛ لأن الطلاقَ شُرِعَ مُعْقِباً[٢] للرجعة، فكان وَصْفُه بالبينونة خلافَ المشروع، فيَلْغُو، كما إذا قال: أنتِ طالقٌ علىٰ أن لا رجعةَ لي عليكِ.

ولنا: أنه وَصَفَه بما يَحتمِلُه لفظُه، ألا ترىٰ أن البينونةَ قبلَ الدخولِ بها، وبعدَ العدة تحصلُ به، فيكونُ هذا الوصفُ لتعيين أحدِ المحتَمَلَيْن.

ومسألةُ الرجعة[٣]: ممنوعةٌ، فتقعُ واحدةٌ بائنةٌ إذا لم تكن له نيةٌ، أو نوىٰ الثنتين.

---

(١) الأم ٥/ ١٣٠.

(٢) وضُبطت في نُسخ: مُعَقِّباً.

(٣) أي قوله: أنت طالقٌ علىٰ أن لا رجعة.

وكذا إذا قال: أنتِ طالقٌ أفحشَ الطلاقِ، وكذا إذا قال: أخبثَ الطلاقِ، أو أسوأه، وكذا إذا قال: طلاقَ الشيطانِ، أو طلاقَ البدعة، وكذا إذا قال: كالجَبَل.

أما إذا نوىٰ الثلاثَ: فثلاثٌ؛ لِمَا مَرَّ من قبلُ.

ولو عَنَىٰ بقوله: أنتِ طالقٌ: واحدةً، وبقوله: بائنٌ، أو البتة: أخرىٰ: تقع تطليقتان بائنتان؛ لأن هذا الوصفَ يصلُحُ لابتداء الإيقاع.

قال: (وكذا إذا قال: أنتِ طالقٌ أفحشَ الطلاقِ)؛ لأنه إنما يوصَفُ بهذا الوصف باعتبار أَثَره، وهو البينونةُ في الحال، فصار كقوله: بائنٌ.

قال: (وكذا إذا قال: أخبثَ الطلاقِ، أو أسوأه)؛ لِمَا ذكرنا.

قال: (وكذا إذا قال: طلاقَ الشيطانِ، أو طلاقَ البدعة)؛ لأن الرجعيَّ هو السُّنَّةُ، فيكون قولُه: البدعة، وطلاق الشيطان: بائناً.

وعن أبي يوسف رحمه الله في قولِه: أنتِ طالقٌ البدعةَ: أنه لا يكون بائناً إلا بالنية؛ لأن البدعةَ قد تكونُ من حيث الإيقاعُ في حالة الحيض، فلا بدَّ من النية.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه إذا قال: أنتِ طالقٌ للبدعة، أو طلاقَ الشيطان: يكون رجعياً؛ لأن هذا الوصفَ قد يتحقَّقُ بالطلاق في حالة الحيض، فلا تثبتُ البينونةُ بالشك.

قال: (وكذا إذا قال: كالجَبَل)؛ لأن التشبيهَ به يوجِبُ زيادةً، لا محالةَ، وذلك بإثبات زيادةِ الوصف.

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ أشدَّ الطلاقِ، أو كألفٍ، أو مِلْءَ البيتِ: فهي واحدةٌ بائنةٌ، إلا أن ينويَ ثلاثاً.

وكذا إذا قال: مثلَ الجبل؛ لِمَا قلنا.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكونُ رجعياً؛ لأن الجبلَ شيءٌ واحدٌ، فكان تشبيهاً به في توحُّده[1].

قال: (ولو قال لها: أنتِ طالقٌ أشدَّ الطلاقِ، أو كألفٍ، أو مِلْءَ البيتِ: فهي واحدةٌ بائنةٌ، إلا أن ينويَ ثلاثاً).

أما الأول: فلأنه وَصَفَه بالشدة، وهو البائنُ؛ لأنه لا يحتمِلُ الانتقاضَ والارتفاضَ، أما الرجعيُّ: فيحتملُه.

وإنما تصحُّ نيةُ الثلاث: لذِكْره المصدرَ.

وأما الثاني: فلأنه قد يُرادُ بهذا التشبيه في القوة تارةً، وفي العدد أخرىٰ، يُقال: هو كألفِ رجلٍ[2]، ويُرادُ به القوةُ، فتصحُّ نيةُ الأمرَيْن، وعند فُقْدانِها: يثبتُ أقلُّهما.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه تقعُ الثلاثُ عند عدم النية؛ لأنه عددٌ، فيُرادُ به التشبيهُ في العدد ظاهراً، فصار كما إذا قال: أنتِ طالقٌ كعددِ ألفٍ.

وأما الثالث: فلأنَّ الشيءَ قد يَملأُ البيتَ لعِظَمه في نفسه، وقد يملؤه لكثرته، فأيَّ ذلك نوىٰ: صحَّتْ نيتُه، وعند انعدام النية: يثبتُ الأقلُّ.

---

(١) وفي نُسخ: توحيده.

(٢) وفي نُسخ: هو ألفٌ، وفي أخرىٰ: كألفٍ.

ولو قال: أنتِ طالقٌ تطليقةً شديدةً، أو عريضةً، أو طويلةً: فهي واحدةٌ بائنةٌ.

ثم الأصلُ عند أبي حنيفة رحمه الله: أنه متىٰ شبَّه الطلاقَ بشيءٍ: يقعُ بائناً، أيَّ شيءٍ كان المشبَّه به، ذَكَرَ العِظَمَ أو لم يَذكر؛ لِمَا مَرَّ أن التشبيهَ يقتضي زيادةَ وَصْفٍ.

وعند أبي يوسف رحمه الله: إنْ ذَكَرَ العِظَمَ: يكونُ بائناً، وإلا: فلا، أيَّ شيءٍ كان المشبَّه به؛ لأن التشبيهَ قد يكونُ في التوحيد علىٰ التجريد[1]، أما ذِكْرُ العِظَم: فللزيادة، لا محالةَ.

وعند زفر رحمه الله: إن كان المشبَّه به مما يوصَفُ بالعِظَم عند الناس: يقعُ بائناً، وإلا: فهو رجعيٌّ.

وقيل: محمدٌ رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله، وقيل: مع أبي يوسف رحمه الله.

وبيانُه[2] في قوله: مثلَ رأسِ الإبرة[3]: مثلَ عِظَمِ رأسِ الإبرة، ومثلَ الجبل: مثلَ عِظَم الجبل.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ تطليقةً شديدةً، أو عريضةً، أو طويلةً: فهي واحدةٌ بائنةٌ)؛ لأن ما لا يمكنُ تداركُه: يشتدُّ عليه[4]، وهو البائن، وما

---

(١) أي من وَصْفِ العِظَم.

(٢) أي بيان الخلاف. البناية ٦/٤٠٣.

(٣) أي إذا قال لها: أنت طالق مثل رأس الإبرة: فهي بائنٌ عند أبي حنيفة ومحمد، لمكان التشبيه، رجعيٌّ عند أبي يوسف؛ لأنه لم يذكر العِظَم.

(٤) أي علىٰ الزوج.

. . . .

يَصعُب تداركُه، يُقال: لهذا الأمر طُولٌ وعَرْضٌ»[1].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يقعُ بها رجعيةً؛ لأن هذا الوصفَ لا يليقُ به، فيلغو.

ولو نوىٰ الثلاثَ في هذه الفصول: صحَّتْ نيتُه؛ لتنوُّع البينونة، علىٰ ما مَرَّ، والواقعُ بها بائنٌ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي فهو البائن أيضاً. حاشية سعدي، نقلاً عن فتح القدير ٣/٣٩١.

فصلٌ

في الطلاق قبلَ الدخول

وإذا طلَّقَ الرجلُ امرأتَه ثلاثاً قبلَ الدخولِ بها : وقَعْنَ عليها.

فإن فَرَّق الطلاقَ : بانَتْ بالأُولىٰ، ولم تقعِ الثانيةُ، والثالثةُ.

فصلٌ

في الطلاق قبلَ الدخول

قال: (وإذا طلَّقَ الرجلُ امرأتَه ثلاثاً[1] قبلَ الدخولِ بها: وقَعْنَ عليها)؛ لأن الواقع[2] مصدرٌ محذوفٌ؛ لأن معناه: طلاقاً ثلاثاً، علىٰ ما بيَّنَّا، فلم يكن قولُه: أنتِ طالقٌ: إيقاعاً علىٰ حِدَةٍ، فيَقَعْنَ جملةً.

قال: (فإن فَرَّق الطلاقَ: بانَتْ بالأُولىٰ، ولم تقعِ الثانيةُ، والثالثةُ).

وذلك مثلُ أن يقولَ: أنتِ طالقٌ طالقٌ طالقٌ؛ لأن كلَّ واحدٍ[3] إيقاعٌ علىٰ حِدَةٍ إذا لم يَذكرْ في آخرِ كلامه ما يُغيِّرُ صَدْرَه حتىٰ يتوقَّفَ عليه، فتقعُ الأُوْلىٰ في الحال، فتصادفُها الثانيةُ وهي مُبَانةٌ.

---

(١) أي دُفعةً واحدة.

(٢) وهو الطلاق.

(٣) وفي نُسخ: واحدة.

وكذا إذا قال لها : أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً : وقعتْ واحدةٌ .

ولو قال لها : أنت طالقٌ واحدةً، فماتت قبلَ قولِه : واحدةً : كان باطلاً .

وكذا إذا قال : أنت طالقٌ ثنتين ، أو ثلاثاً .

ولو قال : أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَ واحدةٍ، أو : بعدَها واحدةٌ : وقعت واحدةٌ .

قال: (وكذا إذا قال لها: أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً: وقعتْ واحدةٌ)؛ لِمَا ذكرنا أنها بانتْ بالأُولىٰ.

قال: (ولو قال لها: أنت طالقٌ واحدةً، فماتت قبلَ قولِه: واحدةً: كان باطلاً).

لأنه قَرَنَ الوصفَ بالعدد، فكان الواقعُ هو العددَ، فإذا ماتت قبلَ ذِكْر العدد: فاتَ المَحَلُّ قبلَ الإيقاع، فبَطَلَ.

قال: (وكذا إذا قال: أنتِ طالقٌ ثنتين، أو ثلاثاً)؛ لِمَا بيَّنَّا، وهذه تُجانِسُ ما قبلَها من حيث المعنىٰ.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَ واحدةٍ، أو: بعدَها واحدةٌ: وقعت واحدةٌ).

والأصلُ: أنه متىٰ ذَكَرَ شيئين، وأَدْخَلَ بينهما حرفَ الظرف[1]: إن قَرَنَها[2] بهاء الكِناية: كان صفةً للمذكور آخِراً، كقوله: جاءني زيدٌ قبلَه عمرٌو.

---

(١) وهو: قبل، و: بعد.

(٢) أي كلمة الظرف.

ولو قال : أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَها واحدةٌ : تقعُ ثنتان .

وكذا إذا قال : أنتِ طالقٌ واحدةً بعدَ واحدةٍ : تقع ثنتان .

وإن لم يَقْرُنْها بهاء الكناية: كان صفةً للمَذكور أوَّلاً، كقوله: جاءني زيدٌ قبلَ عمرٍو.

وإيقاعُ الطلاقِ في الماضي: إيقاعٌ في الحال؛ لأن الإسنادَ ليس في وُسْعه، فالقَبْلِيَّةُ في قوله: أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَ واحدةٍ: صفةٌ للأُولىٰ، فتَبِيْنُ بالأُولىٰ، فلا تقعُ الثانيةُ.

والبَعْدِيَّةُ في قوله: بعدَها واحدةٌ: صفةٌ للأخيرة، فحصلتِ الإبانةُ بالأُولىٰ.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَها واحدةٌ: تقعُ ثنتان)؛ لأن القَبْليةَ صفةٌ للثانية؛ لاتصالها بحرف الكناية، فاقتضىٰ إيقاعَها في الماضي، وإيقاعَ الأُولىٰ في الحال، غيرَ أن الإيقاعَ في الماضي إيقاعٌ في الحال أيضاً، فيقترنان[1]، فيقعان.

قال: (وكذا إذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً بعدَ واحدةٍ: تقع ثنتان)؛ لأن البَعْديةَ صفةٌ للأُولىٰ، فاقتضىٰ إيقاعَ الواحدةِ في الحال، وإيقاعَ الأخرىٰ قبلَ هذه، فيقترنان[2].

---

(١) أي الإيقاعان.

(٢) أي الإيقاعان.

ولو قال : أنتِ طالقٌ واحدةً مع واحدةٍ، أو : معها واحدةٌ : تقع ثنتان.

ولو قال لها : إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً، فدخلتِ الدارَ : وقعتْ عليها واحدةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : تقع ثنتان.

ولو قال لها : أنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً إن دخلتِ الدارَ، فدخلتِ الدارَ : طَلُقَتْ ثنتين.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً مع واحدةٍ، أو: معها واحدةٌ: تقع ثنتان)؛ لأن كلمةَ: مع: للقِران.

وعن أبي يوسف رحمه الله في قوله: معها واحدةٌ: أنه تقعُ واحدةٌ؛ لأن الكنايةَ تستدعي سَبْقَ المَكْنِيِّ عنه، لا محالةَ.

وفي المَدخولِ بها: تقعُ ثنتان في الوجوه كلِّها؛ لقيام المَحَلِّيَّة بعد وقوع الأُولىٰ.

قال: (ولو قال لها[1]: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً، فدخلتِ الدارَ: وقعتْ عليها واحدةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تقع ثنتان.

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً إن دخلتِ الدارَ، فدخلتِ الدارَ: طَلُقَتْ ثنتين)، بالاتفاق.

لهما: أن حرفَ الواو: للجمع المطلَقِ، فيَقَعْنَ[2] جملةً، كما إذا نصَّ

---

(١) أي لغير المدخول بها.

(٢) وفي نُسخ: فيتعلَّقن. قال في البناية ٦/٤٢١: كان ينبغي أن يقول: فيتعلَّقان أو يقعان، بالتثنية. اهـ

. . . .

علىٰ الثلاث، أو أخَّر الشرطَ.

وله: أن الجمعَ المطلَقَ يحتملُ القِرانَ والترتيبَ، فعلىٰ اعتبار الأول: تقع ثنتان، وعلىٰ اعتبار الثاني: لا تقعُ إلا واحدةٌ[١]، كما إذا نجَّز[٢] بهذه اللفظة، فلا يقعُ الزائدُ علىٰ الواحدة بالشك.

بخلاف ما إذا أخَّرَ الشرطَ؛ لأنه مغيِّرٌ صَدْرَ الكلام، فيتوقَّفُ الأولُ عليه، فيَقَعْنَ جملةً، ولا مغيِّرَ فيما إذا قدَّم الشرطَ، فلم يتوقَّف[٣].

ولو عَطَفَ بحرف الفاء: فهو علىٰ هذا الخلاف، فيما ذَكَرَ الكرخيُّ رحمه الله.

وذَكَرَ الفقيهُ أبو الليث رحمه الله: أنه تقعُ واحدةٌ، بالاتفاق؛ لأن الفاء للتعقيب، وهو الأصحُّ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وضُبطت في نُسخٍ بالنصب: إلا واحدةً.

(٢) أي لم يعلِّق بالشرط.

(٣) أي صدر الكلام.

فصلٌ

وأما الضربُ الثاني، وهو الكناياتُ: لا يقعُ بها الطلاقُ إلا بالنيَّة، أو بدلالة الحال.

وهي علىٰ ضربَيْن: منها ثلاثةُ ألفاظٍ يقعُ بها الطلاقُ الرجعيُّ، ولا يقعُ بها إلا واحدةٌ، وهي قولُه: اعتدِّي، واستبرئي رَحِمَكِ، وأنتِ واحدةٌ.

فصلٌ

في كنايات الطلاق

قال: (وأما الضربُ الثاني[1]، وهو الكناياتُ: لا يقعُ بها الطلاقُ إلا بالنيَّة، أو بدلالة الحال)؛ لأنها غيرُ موضوعةٍ للطلاق، بل تحتَمِلُه وغيرَه، فلا بدَّ من التعيين، أو دلالته.

قال: (وهي علىٰ ضربَيْن: منها ثلاثةُ ألفاظٍ يقعُ بها الطلاقُ الرجعيُّ، ولا يقعُ بها إلا واحدةٌ، وهي قولُه: اعتدِّي، واستبرئي رَحِمَكِ، وأنتِ واحدةٌ).

أما الأُولىٰ: فلأنها تحتملُ الاعتدادَ عن النكاح، وتحتمِلُ اعتدادَ نِعَم الله تعالىٰ، فإن نوىٰ الأولَ: تعيَّن بنيَّته، فيقتضي طلاقاً سابقاً، والطلاقُ يُعْقِبُ الرجعةَ.

---

(١) تقدَّم الضرب الأول، وهو الصريح، في أول باب إيقاع الطلاق.

. . . .

وأما الثانيةُ: فلأنها تُستعمَلُ بمعنىٰ الاعتداد؛ لأنه تصريحٌ بما هو المقصودُ منه، فكان بمنزلته، وتحتملُ الاستبراءَ ليُطلِّقَها.

وأما الثالثةُ: فلأنها تحتملُ أن تكون نعتاً لمصدرٍ محذوفٍ، معناه: تطليقةً واحدةً، فإذا نواه: جُعِلَ كأنه قاله، والطلاقُ يُعْقِبُ الرجعةَ.

وتَحتمِلُ غيرَه، وهو أن تكون واحدةً عندَه، أو عند قومِها[١].

ولَمَّا احتملتْ هذه الألفاظُ[٢] الطلاقَ وغيرَه: يُحتاجُ فيه إلىٰ النية.

ولا تقعُ بها[٣] إلا واحدةٌ؛ لأن قولَه: أنتِ طالقٌ: فيها مقتضًى[٤]، أو مضمَرٌ، ولو كان مُظهَراً[٥]: لا تقعُ بها إلا واحدةٌ، فإذا كان مضمَراً[٦]: كان أَوْلىٰ.

وفي قولِه: أنتِ واحدةٌ: وإن صار المصدرُ مذكوراً، لكنَّ التنصيصَ علىٰ الواحدة: ينافي نيةَ الثلاث.

ولا معتبرَ بإعراب: الواحدةِ: عند عامة المشايخ رحمهم الله، وهو الصحيحُ؛ لأن العوامَّ لا يُميِّزون بين وجوهِ الإعراب.

---

(١) وفي نُسخ: قومه.

(٢) أراد بها: اعتدي، واستبرئي رَحِمَك، وأنتِ واحدةٌ.

(٣) أي بتلك الألفاظ الثلاثة.

(٤) أي في الأُولىٰ والثانية، والمضمَر: أي في اللفظة الثالثة، وهي: أنت واحدةٌ.

(٥) يعني قال: أنت طالقٌ.

(٦) أي في قوله: أنت واحدةٌ، فمن باب أَوْلىٰ أن لا يقع إلا واحدة.

وبقيةُ الكناياتِ إذا نوىٰ بها الطلاقَ : كانت واحدةً بائنةً، وإن نوىٰ ثلاثاً : كانت ثلاثاً، وإن نوىٰ ثِنْتَيْن : كانت واحدةً بائنةً.

وهذا مثلُ قولِه : أنتِ بائنٌ، وبَتَّةٌ، وبَتْلَةٌ، وحرامٌ، وحَبْلُكِ علىٰ غارِبكِ، والْحَقِي بأهلِكِ، وخَلِيَّةٌ، وبَرِيَّةٌ، ووهبتُكِ لأهلكِ، وسرَّحتُك، وفارقتُكِ، وأمرُكِ بيدِكِ، وأنتِ حُرَّةٌ، وتقنَّعِي، وتخمَّري، واستَتِري، واغربُي، واعزُبي، واخرُجي، واذهبي، وقُومِي، وابتغِي الأزواجَ.

قال: (وبقيةُ الكناياتِ إذا نوىٰ بها الطلاقَ: كانت واحدةً بائنةً، وإن نوىٰ ثلاثاً: كانت ثلاثاً، وإن نوىٰ ثِنْتَيْن: كانت واحدةً بائنةً.

وهذا مثلُ قولِه: أنتِ بائنٌ، وبَتَّةٌ، وبَتْلَةٌ، وحرامٌ، وحَبْلُكِ علىٰ غارِبكِ، والْحَقِي بأهلِكِ، وخَلِيَّةٌ، وبَرِيَّةٌ، ووهبتُكِ لأهلكِ، وسرَّحتُك، وفارقتُكِ، وأمرُكِ بيدِكِ، وأنتِ حُرَّةٌ.

وتقنَّعِي، وتخمَّري، واستَتِري، واغربُي[1]، واعزُبي، واخرُجي، واذهبي، وقُومِي، وابتغِي الأزواجَ)؛ لأنها تَحتمِلُ الطلاقَ وغيرَه، فلا بدَّ من النية.

---

(١) بالغَيْن المعجمة، والراء المهملة: أي تباعدي عني، ويُروىٰ: اعزبي: بالعين المهملة، والزاي المعجمة. البناية ٤١٩/٦، فتح القدير ٤٠٠/٣، وقوله: اعزبي: بالزاي: مثبتةٌ في نُسخٍ من الهداية، ومنها نسخة ٦٤٤هـ.

ومعنىٰ: اعزبي: أي غِيْبي وابعُدي، ومنه: قولُه تعالىٰ: ﴿ وَمَا يَعۡزُبُ عَن رَّبِّكَ مِن مِّثۡقَالِ ذَرَّةٖ ﴾. يونس/٦١، والعزوب: البُعد والذهاب. اهـ الجوهرة النيرة ٤٠٧/٤، وقال الميداني في اللباب ١٠٥/٤: من: العزوبة، وهي عدمُ الزوج.

إلا أنْ يكونا في حالِ مذاكرةِ الطلاق: فيقعُ بها الطلاقُ في القضاء، ولا يقعُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، إلا أن ينوِيَه.

قال رضي الله عنه: سوَّىٰ بين هذه الألفاظ، وقال: لا يُصدَّق في القضاء إذا كان في حالِ مذاكرةِ الطلاق.

قالوا: وهذا فيما لا يصلُحُ ردّاً.

قال: (إلا أنْ يكونا في حالِ مذاكرةِ الطلاق: فيقعُ بها الطلاقُ في القضاء، ولا يقعُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، إلا أن ينوِيَه.

قال رضي الله عنه: سوَّىٰ[1] بين هذه الألفاظ، وقال: لا يُصدَّق في القضاء إذا كان في حالِ مذاكرةِ الطلاق.

قالوا: وهذا فيما لا يصلُحُ ردّاً[2]).

والجملةُ في ذلك[3]: أن الأحوالَ ثلاثةٌ:

١ـ حالةٌ مطلَقةٌ، وهي حالةُ الرضا.

٢ـ وحالةُ مذاكرةِ الطلاق. ٣ـ وحالةُ الغضب.

والكناياتُ ثلاثةُ أقسامٍ:

١ـ ما يصلُحُ جواباً[4] وردّاً. ٢ـ وما يصلحُ جواباً، لا ردّاً.

٣ـ وما يصلحُ جواباً، ويصلحُ سبّاً وشَتِيمةً.

---

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله. البناية ٦/٤٢١.

(٢) أي فيما لا يصلح ردّاً وجواباً، مثل: اذهبي، واخرجي، وقومي.

(٣) أي بيان ذلك.

(٤) أي لطلبها الطلاقَ.

ويُصدَّق فيما يصلُحُ جواباً وردّاً، مثلُ قولِه : اذهبي، اخرُجي، قُومي، تقنَّعي، تخمَّري، وما يجري هذا المَجرىٰ.

وفي حالة الغضب : يُصدَّقُ في جميع ذلك كله؛ لاحتمال الردِّ والسَّبِّ، إلا فيما يَصلُحُ للطلاق، ولا يصلُحُ للردِّ والشَّتْمِ، كقوله : اعتدِّي، واختاري، وأمرُكِ بيدِكِ.

ففي حالة الرضا: لا يكونُ شيءٌ منها طلاقاً، إلا بالنية، فالقولُ قولُه في إنكار النية؛ لِمَا قلنا.

وفي حالة مذاكرةِ الطلاق: لم يُصدَّقْ فيما يَصلُحُ جواباً، ولا يصلُحُ ردّاً في القضاء، مثلُ قولِه: خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ، بائنٌ، بَتَّةٌ، بَتْلةٌ، حرامٌ، اعتدِّي، أمرُكِ بيدكِ، اختاري؛ لأن الظاهرَ أنَّ مرادَه الطلاقُ عند سؤالِ الطلاق.

قال: (ويُصدَّق فيما يصلُحُ جواباً وردّاً، مثلُ قولِه: اذهبي، اخرُجي، قُومي، تقنَّعي، تخمَّري، وما يجري هذا المَجرىٰ)؛ لأنه يحتملُ الردَّ، وهو الأدنىٰ، فحُمِل عليه.

قال: (وفي حالة الغضب: يُصدَّقُ في جميع ذلك كله؛ لاحتمال الردِّ والسَّبِّ، إلا فيما يَصلُحُ للطلاق، ولا يصلُحُ للردِّ والشَّتْمِ، كقوله: اعتدِّي، واختاري، وأمرُكِ بيدِكِ)، فإنه لا يُصدَّقُ فيها؛ لأن الغضبَ يدلُّ علىٰ إرادة الطلاق.

وعن أبي يوسف رحمه الله في قولِه: لا مِلْكَ لي عليكِ، ولا سبيلَ لي عليكِ، وخلَّيْتُ سبيلَكِ، وفارقتُكِ: أنه يُصدَّقُ في حالةِ الغضب؛ لِمَا فيها من احتمالِ معنىٰ السَّبِّ.

. . . .

ثم وقوعُ البائنِ بما سوىٰ الثلاثةِ الأُوَل: مذهبُنا.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: يقعُ بها رجعيٌّ؛ لأن الواقعَ بها طلاقٌ؛ لأنها كناياتٌ عن الطلاق، ولهذا تُشترطُ النيةُ، ويَنتقِصُ به العددُ، والطلاقُ مُعْقِبٌ للرجعة، كالصريح.

ولنا: أنَّ تَصرُّفَ الإبانةِ صَدَرَ من أهله، مضافاً إلىٰ مَحَلِّه، عن ولايةٍ شرعية.

ولا خَفاءَ في الأهلية، والمَحَلِّية.

والدلالةُ علىٰ الولاية: أن الحاجةَ ماسَّةٌ إلىٰ إثباتها؛ كي لا يَنسَدَّ عليه بابُ التدارك، ولا يقعَ في عُهدتِها بالمراجعة من غير قَصْدٍ[٢].

وليست بكناياتٍ علىٰ التحقيق؛ لأنها عواملُ في حقائقها[٣]، والشرطُ تعيينُ أحدِ نوعي البينونة، دونَ الطلاق.

وانتقاصُ العدد: لثبوت الطلاق؛ بناءً علىٰ زوالِ الوَصْلة[٤].

---

(١) الإقناع للماوردي ١/١٤٧.

(٢) أي قَصْد المراجعة.

(٣) هذا جواب عن استدلال الإمام الشافعي رحمه الله القائل بأن الكنايات ليست عوامل، فقال: بل هي عوامل في حقائقها؛ لانعدام معنىٰ التردد بنية الطلاق، فاللفظ هو عاملٌ في حقيقة موجبةٍ، حتىٰ تحصلُ به الحرمة والبينونة. البناية ٦/٤٢٥.

(٤) أي وصلة النكاح.

وإن قال لها : اعتدِّي اعتدِّي اعتـدِّي، وقـال نويـتُ بـالأُولىٰ طلاقـاً، وبالباقي حيضاً : دُيِّنَ في القضاء.

وإن قال : لم أَنْوِ بالباقي شيئاً : فهي ثلاثٌ.

وإنما تصحُّ نيةُ الثلاثِ فيها: لتنوُّع البينونة إلىٰ غليظةٍ وخفيفةٍ، وعند انعدام النية: يثبتُ الأدنىٰ.

ولا تصحُّ نيةُ الثِّنْتَيْن عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله؛ لأنه عددٌ، وقد بيَّنَّاه من قبلُ.

قال: (وإن قال لها: اعتدِّي اعتدِّي اعتدِّي، وقال نويتُ بالأُولىٰ طلاقاً، وبالباقي حيضاً: دُيِّنَ في القضاء)؛ لأنه نوىٰ حقيقةَ كلامِه.

ولأنه يأمرُ امرأتَه في العادةِ بالاعتدادِ بعد الطلاق، فكان الظاهرُ شاهداً له.

قال: (وإن قال: لم أَنْوِ بالباقي شيئاً: فهي ثلاثٌ)؛ لأنه لَمَّا نوىٰ بالأُولىٰ الطلاقَ: صار الحالُ حالَ مذاكرةِ الطلاق، فتعيَّنَ الباقيان للطلاقِ بهذه الدلالة، فلا يُصَدَّق في نفي النية.

بخلاف ما إذا قال: لم أنوِ بالكلِّ الطلاقَ؛ حيث لا يقعُ شيءٌ؛ لأنه لا ظاهرَ يُكذِّبُه.

وبخلاف ما إذا قال: نويتُ بالثالثة الطلاقَ، دون الأُولَيَيْن؛ حيث لا يقعُ إلا واحدةٌ؛ لأن الحالَ عند الأُولَيَيْن لم تكن حالَ مذاكرةِ الطلاق.

. . . .

وفي كلِّ موضعٍ يُصدَّقُ الزوجُ علىٰ نفي النية: إنما يُصدَّق مع اليمين[١]؛ لأنه أمينٌ في الإخبار عمَّا في ضميره، والقولُ قولُ الأمينِ مع اليمين، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) واليمين: لنفي التهمة عنه. النهاية للصِّغناقي.

باب تفويض الطلاق

فصلٌ في الاختيار

وإذا قال الرجلُ لامرأته : اختاري، ينوي بذلك الطلاقَ، أو قال لها : طلِّقي نفسَك : فلها أن تُطلِّقَ نفسَها ما دامت في مجلسِها ذلك.

فإن قامت منه، أو أَخَذَتْ في عملٍ آخَرَ : خَرَجَ الأمرُ من يدِها.

باب تفويض الطلاق

فصلٌ في الاختيار

قال: (وإذا قال الرجلُ لامرأته: اختاري، ينوي بذلك الطلاقَ، أو قال لها: طلِّقي نفسَك: فلها أن تُطلِّقَ نفسَها ما دامت في مجلسِها ذلك.

فإن قامت منه، أو أَخَذَتْ في عملٍ آخَرَ: خَرَجَ الأمرُ من يدِها)؛ لأن المُخيَّرةَ لها خيارُ المجلسِ، بإجماع الصحابةِ رضي الله عنهم أجمعين[1].

ولأنه تمليكُ الفعلِ منها، والتمليكاتُ تقتضي جواباً في المجلس، كما في البيع؛ لأن ساعاتِ المجلسِ اعتُبرت ساعةً واحدةً، إلا أنَّ المجلسَ تارةً يتبدَّلُ بالذَّهاب عنه، ومرةً بالاشتغال بعملٍ آخَرَ، إذْ مجلسُ الأكلِ: غيرُ مجلسِ المناظرة، ومجلسُ القتالِ: غيرُهما.

ويبطلُ خيارُها بمجرَّدِ القيام؛ لأنه دليلُ الإعراض.

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١١٩٢٩)، الدراية ٢/٧١، التعريف والإخبار ٣/٥٤.

فإن اختارت نفسَها في قولِه : اختاري : كانت واحدةً بائنةً .

ولا يكون ثلاثاً وإن نوىٰ الزوجُ ذلك .

ولا بُدَّ من ذِكْرِ النَّفْس في كلامه ، أو في كلامِها ، حتىٰ لو قال . . . . .

بخلاف الصرف، والسَّلَم؛ لأن المُفسِدَ هناك: الافتراقُ من غير قَبْضٍ.

ثم لا بدَّ من النية في قوله: اختاري؛ لأنه يَحتملُ تخييرَها في نفسِها، ويَحتملُ تخييرَها في تصرُّفٍ آخَرَ غيرِه.

قال: (فإن اختارت نفسَها في قولِه: اختاري: كانت واحدةً بائنةً).

والقياسُ أن لا يقعَ بهذا شيءٌ وإن نوىٰ الزوجُ الطلاقَ؛ لأنه لا يملكُ الإيقاعَ بهذه اللفظةِ، فلا يملكُ التفويضَ إلىٰ غيره، إلا أنَّا استحسنَّاه؛ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

ولأنه[1] بسبيلٍ مِن أن يستديمَ نكاحَها، أو يُفارِقَها، فيَملِكُ إقامتَها مُقامَ نفسِه في حقِّ هذا الحكم.

ثم الواقعُ بها: بائنٌ؛ لأن اختيارَها نفسَها بثبوت اختصاصها بها، وذلك في البائن.

قال: (ولا يكون ثلاثاً وإن نوىٰ الزوجُ ذلك)؛ لأن الاختيارَ لا يتنوَّعُ، بخلاف الإبانة؛ لأن البينونةَ قد تتنوَّعُ.

قال: (ولا بُدَّ من ذِكْرِ النَّفْس في كلامه، أو في كلامِها، حتىٰ لو قال

---

(١) أي الزوج.

لها: اختاري، فقالت: قد اختَرْتُ: فهو باطلٌ.

ولو قال لها: اختاري نفسَك، فقالت: اختَرْتُ: تقعُ واحدةٌ بائنةٌ.

وكذا لو قال: اختاري اختيارةً، فقالت: قد اخترتُ.

لها: اختاري، فقالت: قد اختَرْتُ: فهو باطلٌ)؛ لأنه[١] عُرِفَ بالإجماع، وهو[٢] في المفسَّرَة من أحد الجانبين[٣].

ولأن المُبهَم[٤] لا يصلُحُ تفسيراً للمبهَم الآخَر[٥]، ولا تعيينَ[٦] مع الإبهام.

قال: (ولو قال لها: اختاري نفسَك، فقالت: اختَرْتُ: تقعُ واحدةٌ بائنةٌ)؛ لأن كلامَه مفسَّرٌ، وكلامَها خَرَجَ جواباً له، فيتضمَّن إعادتَه.

قال: (وكذا لو قال: اختاري اختيارةً، فقالت: قد اخترتُ).

لأن الهاءَ في: الاختيارة: تُنْبِئُ عن الاتحاد والانفراد، واختيارُها نفسَها هو الذي يتَّحدُ مرةً، ويتعدَّد أخرىٰ، فصار مفسَّراً من جانبه.

---

(١) أي وقوع الطلاق بلفظ الاختيار بإجماع الصحابة في اللفظة المفسَّرة من أحد الجانبين، لا المبهمة.

(٢) أي وقوع الطلاق بذلك اللفظ.

(٣) أي من الزوج والمرأة، لا في اللفظة المبهمة من الجانبين جميعاً. البناية ٧/٩.

(٤) أي لفظ: اخترت.

(٥) وهو قوله: اختاري.

(٦) أي لا يتعين الطلاق مع وجود الإبهام في الجانبين.

ولو قال: اختاري، فقالت: قد اخترتُ نفسي: يقعُ الطلاقُ إذا نوىٰ الزوجُ.

ولو قال لها: اختاري، فقالت: أنا أختارُ نفسي: فهي طالقٌ.

قال: (ولو قال: اختاري، فقالت: قد اخترتُ نفسي: يقعُ الطلاقُ إذا نوىٰ الزوجُ)؛ لأن كلامَها مفسَّرٌ[1]، وما نواه الزوجُ: من محتمَلات كلامِه.

قال: (ولو قال لها: اختاري، فقالت: أنا أختارُ نفسي: فهي طالقٌ[2]).

والقياسُ أن لا تَطلُقَ، لأن هذا مجرَّدُ وعدٍ، أو يحتمِلُه، فصار كما إذا قال لها: طلِّقي نفسَك، فقالت: أنا أُطلِّق نفسي.

وجهُ الاستحسان: حديثُ عائشةَ رضي الله عنها، فإنها قالت: «لا، بل أختارُ اللهَ ورسولَه»[3]، واعتبره النبيُّ عليه الصلاة والسلام جواباً منها.

ولأن هذه الصيغةَ حقيقةٌ في الحال، وتجوُّزٌ في الاستقبال، كما في كلمة: الشهادة، وأداءِ الشاهدِ الشهادةَ.

بخلاف قولِها: أُطلِّقُ نفسي؛ لأنه تَعَذَّر حَمْلُه علىٰ الحال؛ لأنه[4] ليس بحكايةٍ عن حالةٍ قائمةٍ[5].

---

(١) وفي نُسخ: بكسر السين.

(٢) وفي بداية المبتدي ص ٢٤٩: طالقٌ بائنٌ، وكذلك علَّق العلامة سعدي جلبي بخطه في حاشيته علىٰ الهداية بقوله: بائنٌ.

(٣) صحيح مسلم (١٤٧٨).

(٤) أي الطلاق.

(٥) أي ثابتة.

ولو قال لها: اختاري، اختاري، اختاري، فقالت: قد اخترتُ الأُولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة: طَلُقتْ ثلاثاً في قول أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُحتاجُ إلىٰ نية الزوج، وقالا: تطلُقُ واحدةٌ.

ولو قالت: اخترتُ اختيارةً: فهي ثلاثٌ، في قولِهم جميعاً.

ولا كذلك: قولُها: أنا أختارُ نفسي؛ لأنه حكايةٌ عن حالةٍ قائمةٍ، وهي[1] اختيارُها نفسَها.

قال: (ولو قال لها: اختاري، اختاري، اختاري، فقالت: قد اخترتُ الأُولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة: طَلُقتْ ثلاثاً في قول أبي حنيفة رحمه الله، ولا يُحتاجُ إلىٰ نية الزوج، وقالا: تطلُقُ واحدةٌ).

وإنما لا يُحتاجُ إلىٰ نية الزوج: لدلالة التكرار عليه، إذِ الاختيارُ في حقِّ الطلاقِ هو الذي يتكرَّر.

لهما: أن ذِكْرَ الأُولىٰ، وما يجري مَجراه: إن كان لا يفيدُ من حيث الترتيبُ: يفيدُ من حيثُ الإفرادُ، فيُعتَبرُ فيما يُفيد.

وله: أن هذا وَصْفٌ لَغْوٌ؛ لأنَّ المجتمِعَ في الملك، لا ترتيبَ فيه، كالمجتمِعِ في المكان، والكلامُ للترتيب، والإفرادُ من ضروراته، فإذا لَغَا في حقِّ الأصل: لَغَا في حقِّ البناء.

قال: (ولو قالت: اخترتُ اختيارةً: فهي ثلاثٌ، في قولِهم جميعاً)؛ لأنها للمَرَّة، فصار كما إذا صرَّحت بها.

---

(١) وفي نُسخ: وهو.

ولو قالت : قد طلَّقتُ نفسي واحدةً، أو : اخترتُ نفسي بتطليقةٍ : فهي واحدةٌ، يَملِكُ الرجعةَ.

وإن قال لها : أمرُكِ بيدِكِ في تطليقةٍ، أو اختاري تطليقةً، فاختارت نفسَها : فهي واحدةٌ، يملِكُ الرجعةَ.

ولأن الاختيارةَ للتأكيد، وبدون التأكيد: تقعُ الثلاثُ، فمَعَ التأكيد: أَوْلىٰ.

قال: (ولو قالت: قد طلَّقتُ نفسي واحدةً، أو: اخترتُ نفسي بتطليقةٍ: فهي واحدةٌ، يَملِكُ الرجعةَ)؛ لأن هذا اللفظَ يوجِبُ الانطلاقَ بعد انقضاء العدة، فكأنها اختارتْ نفسَها بعد العدة.

قال: (وإن قال لها: أمرُكِ بيدِكِ في تطليقةٍ، أو اختاري تطليقةً، فاختارت نفسَها: فهي واحدةٌ، يملِكُ الرجعةَ)؛ لأنه جَعَلَ لها الاختيارَ، لكنْ بتطليقةٍ، وهي مُعَقِّبةٌ للرَّجعة بالنصِّ[1]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾. البقرة/٢٢٨.

فصلٌ

في الأمر باليد

وإن قال لها: أمرُك بيدكِ، ينوي ثلاثاً، فقالت: قد اختَرْتُ نفسي بواحدةٍ: فهي ثلاثٌ.

ولو قالت: قد طلَّقتُ نفسي واحدةً، أو اخترتُ نفسي بتطليقةٍ: فهي واحدةٌ بائنةٌ.

فصلٌ

في الأمر باليد

قال: (وإن قال لها: أمرُك بيدكِ، ينوي ثلاثاً، فقالت: قد اختَرْتُ نفسي بواحدةٍ: فهي ثلاثٌ)؛ لأن الاختيارَ يصلُحُ جواباً للأمر باليد؛ لكونه تمليكاً، كالتخيير، والواحدةُ صفةُ الاختيارةِ، فصار كأنها قالت: اخترتُ نفسي بمرةٍ واحدةٍ، وبذلك يقع الثلاثُ.

قال: (ولو قالت: قد طلَّقتُ نفسي واحدةً، أو اخترتُ نفسي بتطليقةٍ: فهي واحدةٌ بائنةٌ)؛ لأن الواحدةَ نَعْتٌ لمصدرٍ محذوفٍ، وهو في الأُولىٰ: الاختيارةُ، وفي الثانية: التطليقةُ، إلا أنها تكونُ بائنةً؛ لأن التفويضَ في البائن ضرورةَ ملكِها أمرَها، وكلامُها خَرَجَ جواباً له، فتصيرُ الصفةُ المذكورةُ في التفويض: صفةً مذكورةً في الإيقاع.

وإنما تصح نيةُ الثلاثِ في قوله: أمرُك بيدكِ: لأنه يحتملُ العمومَ

ولو قال لها : أمرُك بيدكِ اليومَ، وبعدَ غدٍ : لم يدخُلْ فيه الليلُ.

وإن رَدَّتِ الأمرَ في يومِها : بَطَلَ أَمْرُ ذلك اليوم، وكان الأمرُ بيدها بعدَ غدٍ.

ولو قال : أمرُك بيدك اليومَ وغداً : يدخلُ الليلُ في ذلك.

فإن ردَّتِ الأمرَ في يومِها : لا يبقىٰ الأمرُ في يدِها في الغد.

والخصوصَ، ونيةُ الثلاث: نيةُ التعميم، بخلاف قولِه: اختاري؛ لأنه لا يحتملُ العمومَ، وقد حقَّقناه من قبل[1].

قال: (ولو قال لها: أمرُك بيدكِ اليومَ، وبعدَ غدٍ: لم يدخُلْ فيه الليلُ.

وإن رَدَّتِ الأمرَ في يومِها: بَطَلَ أَمْرُ ذلك اليوم، وكان الأمرُ بيدها بعدَ غدٍ)؛ لأنه صَرَّح بذِكْر وقتَيْن بينهما وقتٌ من جنسهما لم يتناوَلْه الأمرُ، إذ ذِكْرُ اليوم بعبارة الفرد: لا يتناول الليلَ، فكانا أمرَيْن، فبرَدِّ أحدِهما: لا يَرتدُّ الآخَرُ.

وقال زفرُ رحمه الله: هما أمرٌ واحدٌ، بمنزلة قولِه: أنتِ طالقٌ اليومَ وبعدَ غدٍ.

قلنا: الطلاقُ لا يحتملُ التأقيتَ، والأمرُ باليد يحتملُه، فيتوقَّتُ الأمرُ بالأول، وجُعِلُ الثاني أمراً مبتَدأً.

قال: (ولو قال: أمرُك بيدك اليومَ وغداً: يدخلُ الليلُ في ذلك.

فإن ردَّتِ الأمرَ في يومِها: لا يبقىٰ الأمرُ في يدِها في الغد)؛ لأن هذا أمرٌ واحدٌ؛ لأنه لم يتخلَّلْ بين الوقتَيْن المذكورَيْن وقتٌ من جنسهما لم

---

(١) في فصل الاختيار.

وإن قال: أمرُكِ بيدِكِ يومَ يَقدَمُ فلانٌ، فقَدِمَ فلانٌ، ولم تعلم بقدومه حتىٰ جَنَّ الليلُ: فلا خيارَ لها.

وإذا جَعَلَ أمرَها بيدها، أو خَيَّرها، فمكَثَتْ يوماً لم تَقُم: فالأمرُ...

يتناوَلْه الكلامُ، وقد يَهجُمُ الليلُ ومجلسُ المشورةِ لا ينقطع، فصار كما إذا قال: أمرُك بيدِكِ في يومين.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنها إذا ردَّتِ الأمرَ في اليوم: لها أن تختارَ نفسَها غداً؛ لأنها لا تملِكُ ردَّ الأمرِ، كما لا تملِكُ ردَّ الإيقاع.

وجهُ الظاهر: أنها إذا اختارتْ نفسَها اليومَ: لا يبقىٰ لها الخيارُ في الغد، فكذا إذا اختارتْ زوجَها بِرَدِّ الأمر؛ لأن المخيَّرَ بين الشيئين: لا يملِكُ إلا اختيارَ أحدِهما.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا قال: أمرُكِ بيدِكِ اليومَ، وأمرُك بيدك غداً: أنهما أمران؛ لِمَا أنه ذَكَرَ لكلِّ وقتٍ خبراً علىٰ حِدَةٍ[1]، بخلاف ما تقدم.

قال: (وإن قال: أمرُكِ بيدِكِ يومَ يَقدَمُ فلانٌ، فقَدِمَ فلانٌ، ولم تعلم بقدومه حتىٰ جَنَّ الليلُ: فلا خيارَ لها)؛ لأن الأمرَ باليد مما يمتدُّ، فيُحمَلُ اليومُ المقرونُ به علىٰ بياضِ النهار، وقد حقَّقناه من قبل[2]، فيتوقَّتُ به، ثم ينقضي بانقضاء وقتِه.

قال: (وإذا جَعَلَ أمرَها بيدها، أو خَيَّرها، فمكَثَتْ يوماً لم تَقُم: فالأمرُ

---

(١) قوله: علىٰ حِدَةٍ: مثبتٌ في بعض طبعات الهداية القديمة.

(٢) في آخر فصل إضافة الطلاق إلىٰ الزمان.

في يدها ما لم تأخذ في عملٍ آخَرَ.

في يدها ما لم تأخذ في عملٍ آخَرَ)؛ لأن هذا تمليكُ التطليق منها؛ لأن المالكَ مَن يتصرَّف برأي نفسه، وهي بهذه الصفة، والتمليكُ يقتصرُ علىٰ المجلس، وقد بيَّنَّاه من قبل[١].

ثم إن كانت تسمَعُ: يُعتبرُ مجلسُها ذلك، وإن كانت لا تسمعُ: فمجلسُ علمِها، وبلوغِ الخبرِ إليها؛ لأنَّ هذا تمليكٌ فيه معنىٰ التعليق، فيتوقَّفُ علىٰ ما وراءَ المجلس.

ولا يُعتبرُ مجلسُه؛ لأن التعليقَ لازمٌ في حقِّه، بخلاف البيع؛ لأنه تمليكٌ مَحْضٌ، لا يَشُوبُه التعليقُ.

وإذا اعتُبر مجلسُها: فالمجلسُ تارةً يَتبدَّلُ بالتحوُّل، ومرَّةً بالأخذ في عملٍ آخَر، علىٰ ما بيَّناه في الخيار[٢].

ويَخرجُ الأمرُ من يدِها بمجرَّد القيام؛ لأنه دليلُ الإعراض، إذِ القيامُ يُفرِّقُ الرأيَ.

بخلاف ما إذا مَكَثَتْ يوماً لم تَقُم، ولم تأخذْ في عملٍ آخَر؛ لأن المجلسَ قد يطولُ، وقد يَقصُرُ، فيَبقىٰ إلىٰ أن يوجَدَ ما يَقطَعُه، أو ما يَدُلُّ علىٰ الإعراض.

وقولُه: مَكَثَتْ يوماً: ليس للتقدير به.

---

(١) في فصل الاختيار، في قوله: التمليكات تقتضي.

(٢) وهو قوله: إن مجلس الأكل غير مجلس المناظرة.

ولو كانت قائمةً، فجلستْ : فهي علىٰ خيارِها .

وكذا إذا كانت قاعدةً فاتَّكأتْ، أو متَّكئةً فقعدت .

ولو كانت قاعدةً، فاضطجعتْ : ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله .

وقولُه: ما لم تأخذْ في عملٍ آخرَ: يُرادُ به عملٌ يُعرَفُ أنه قَطْعٌ لِمَا كان فيه[1]، لا مطلَقُ العمل.

قال: (ولو كانت قائمةً، فجلستْ: فهي علىٰ خيارِها)؛ لأنه دليلُ الإقبال، فإن القعودَ أجمعُ للرأي.

قال: (وكذا إذا كانت قاعدةً فاتَّكأتْ، أو متَّكئةً فقعدت)؛ لأن هذا انتقالٌ من جِلْسةٍ إلىٰ جِلْسةٍ، فلا يكونُ إعراضاً، وصارت كما إذا كانت مُحْتبِيَةً، فتربَّعتْ.

قال رضي الله عنه: هذا[2] روايةُ «الجامع الصغير[3]»، وذَكَرَ في غيره[4]: أنها إذا كانت قاعدةً، فاتَّكأتْ: لا خيارَ لها؛ لأن الاتِّكاءَ إظهارُ التهاونِ بالأمر، فكان إعراضاً، والأولُ هو الأصح.

قال: (ولو كانت قاعدةً، فاضطجعتْ: ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله.

---

(١) أي في المجلس.

(٢) أي من كونها علىٰ خيارها فيما إذا كانت قاعدةً، فاتَّكأت.

(٣) ص١١٥.

(٤) وهي رواية الأصل. البناية ٧/٢٢.

ولو قالت : أُدْعُ أبي أَستَشِيْرُه، أو شهوداً أُشهِدُهم : فهي علىٰ خيارها.

وإن كانت تسيرُ علىٰ دابةٍ، أو في مَحْمِلٍ، فوقفتْ : فهي علىٰ خيارها، وإن سارتْ : بطل خيارُها.

والسفينةُ : بمنزلة البيتِ.

ولو قالت: أُدْعُ أبي أَستَشِيْرُه، أو شهوداً أُشهِدُهم: فهي علىٰ خيارها)؛ لأن الاستشارةَ لتحرِّي الصوابِ، والإشهادَ للتحرُّز عن الجحود والإنكار، فلا يكونُ دليلَ الإعراض.

قال: (وإن كانت تسيرُ علىٰ دابةٍ، أو في مَحْمِلٍ، فوقفتْ: فهي علىٰ خيارها، وإن سارتْ: بطل خيارُها)؛ لأن سَيْرَ الدابة ووقوفَها: مضافٌ إليها.

قال: (والسفينةُ: بمنزلة البيتِ)؛ لأن سيرَها غيرُ مضافٍ إلىٰ راكبِها، ألا ترىٰ أنه[1] لا يَقدِرُ علىٰ إيقافِها، وراكبُ الدابة يَقدِرُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي الراكب. حاشية سعدي.

فصلٌ في المشيئة

ومَن قال لامرأته: طلِّقي نفسَك، ولا نيَّةَ له، أو نوىٰ واحدةً، فقالت: طلَّقْتُ نفسي: فهي واحدةٌ رجعيةٌ.

وإن طلَّقتْ نفسَها ثلاثاً، وقد أراد الزوجُ ذلك: وقَعْنَ عليها.

فصلٌ في المشيئة

قال: (ومَن قال لامرأته: طلِّقي نفسَك، ولا نيَّةَ له، أو نوىٰ واحدةً، فقالت: طلَّقْتُ نفسي: فهي واحدةٌ رجعيةٌ.

وإن طلَّقتْ نفسَها ثلاثاً، وقد أراد الزوجُ ذلك: وقَعْنَ عليها).

وهذا لأن قولَه: طلِّقي: معناه: افعلي فِعْلَ الطلاق[1]، وهو اسمُ جنسٍ، فيقعُ علىٰ الأدنىٰ، مع احتمال الكلِّ، كسائر أسماءِ الأجناس، فلهذا تعملُ فيه نيةُ الثلاث.

ويَنصرِفُ إلىٰ الواحدةِ عند عدمِها.

وتكونُ الواحدةُ رجعيةً؛ لأن المفوَّضَ إليها صريحُ الطلاق، وهو رجعيٌّ.

ولو نوىٰ الثنتين: لا تصح؛ لأنه نيةُ العدد[2]، إلا إذا كانت المنكوحةُ أمةً؛ لأنه جنسٌ في حَقِّها.

---

(١) وفي نُسخ: التطليق.

(٢) أي لأن ما نواه: نيةُ العدد، والثنتان غير عدد؛ لأن العدد ما كان نصف مجموع حاشيتيه. البناية ٧/٢٥.

وإن قال لها: طلِّقي نفسَك، فقالت: أَبَنْتُ نفسي: طَلُقَتْ رجعيةً، ولو قالت: قد اخترتُ نفسي: لم تَطلُقْ.

قال: (وإن قال لها: طلِّقي نفسَك، فقالت: أَبَنْتُ نفسي: طَلُقَتْ رجعيةً، ولو قالت: قد اخترتُ نفسي: لم تَطلُقْ)؛ لأن الإبانةَ من ألفاظ الطلاق.

ألا ترىٰ أنه لو قال لامرأته: أَبَنْتُكِ، ينوي الطلاقَ، أو قالت: أَبَنْتُ نفسي، فقال الزوجُ: قد أجزتُ ذلك: بانت، فكانت موافِقةً للتفويض في الأصل، إلا أنها زادَتْ فيه وَصْفاً، وهو تعجيلُ الإبانة، فيلغو الوصفُ الزائدُ، ويثبتُ الأصلُ، كما إذا قالت: طلَّقْتُ نفسي تطليقةً بائنةً.

وينبغي أن تقع تطليقةٌ رجعيةٌ[1]، بخلاف الاختيارِ؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، ألا ترىٰ أنه لو قال لامرأته: اخترتُك، أو اختاري، ينوي الطلاقَ: لم يقع.

ولو قالت ابتداءً: اخترتُ نفسي، فقال الزوجُ: قد أَجَزْتُ: لا يقعُ شيءٌ، إلا أنه عُرِف طلاقاً بالإجماع إذا حصل جواباً للتخيير.

وقولُه: طلِّقي نفسَك[2]: ليس بتخييرٍ، فيلغو.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يقعُ شيءٌ بقولها: أَبَنْتُ نفسي؛ لأنها أَتَتْ بغير ما فُوِّضَ إليها، إذِ الإبانةُ تُغايرُ الطلاقَ.

---

(١) وفي نُسخ: تطليقةً رجعيةً. بالنصب.

(٢) لفظ: نفسك: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، وكذلك في البناية ٥/١٤٧طبعة بيروت، ٧/٢٦ طبعة باكستان.

ولو قال لها : طلِّقي نفسَك : فليس له أن يرجعَ عنه .

وإن قال لها : طلِّقي نفسَك متىٰ شئتِ : فلها أن تُطلِّقَ نفسَها في المجلس، وبعدَه.

وإذا قال لرجلٍ : طلِّقِ امرأتي : فله أن يُطلِّقَها في المجلس، وبعده، وله أن يرجعَ عنه .

قال: (ولو قال لها: طلِّقي نفسَك: فليس له أن يرجعَ عنه)؛ لأنَّ فيه معنىٰ اليمين؛ لأنه تعليقُ الطلاقِ بتطليقها، واليمينُ تَصرُّفٌ لازمٌ.

ولو قامت عن مجلسِها: بَطَلَ؛ لأنه تمليكٌ.

بخلاف ما إذا قال لها: طلِّقي ضَرَّتك؛ لأنه توكيلٌ وإنابةٌ، فلا يَقتصرُ علىٰ المجلس، ويَقبلُ الرجوعَ.

قال: (وإن قال لها: طلِّقي نفسَك متىٰ شئتِ: فلها أن تُطلِّقَ نفسَها في المجلس، وبعدَه).

لأن كلمةَ: متىٰ: عامَّةٌ في الأوقات كلِّها، فصار كما إذا قال: في أيِّ وقتٍ شئتِ.

قال: (وإذا قال لرجلٍ: طلِّقِ امرأتي: فله أن يُطلِّقَها في المجلس، وبعده، وله أن يرجعَ عنه)؛ لأنه توكيلٌ واستعانةٌ، فلا يلزمُ.

ولا يَقتصِرُ علىٰ المجلس.

بخلاف قولِه لامرأته: طلِّقي نفسَك؛ لأنها عامِلةٌ لنفسها؛ فكان تمليكاً، لا توكيلاً.

ولو قال لرجلٍ : طلِّقْها إن شئتَ : فله أن يطلِّقها في المجلس خاصةً .

ولو قال لها : طلِّقي نفسَك ثلاثاً ، فطلَّقتْ نفسَها واحدةً : فهي واحدةٌ .

ولو قال لها : طلِّقي نفسَك واحدةً ، فطلَّقت نفسَها ثلاثاً : لم يقع شيءٌ عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : تقعُ واحدةٌ .

قال: (ولو قال لرجلٍ: طلِّقْها إن شئتَ: فله أن يطلِّقها في المجلس خاصةً)، وليس للزوج أن يرجعَ عنه.

وقال زفر رحمه الله: هذا والأولُ سواءٌ؛ لأن التصريحَ بالمشيئة: كعدمه؛ لأنه يتصرَّفُ عن مشيئتِه[1]، فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له: بِعْه إن شئتَ.

ولنا: أنه تمليكٌ؛ لأنه عَلَّقَه بالمشيئة، والمالِكُ هو الذي يَتصرَّفُ عن مشيئةِ نفسِه، والطلاقُ يَحتملُ التعليقَ، بخلاف البيع؛ لأنه لا يحتملُه.

قال: (ولو قال لها: طلِّقي نفسَك ثلاثاً، فطلَّقتْ نفسَها واحدةً: فهي واحدةٌ)؛ لأنها مَلَكَتْ إيقاعَ الثلاثِ، فتَملِكُ إيقاعَ الواحدة؛ ضرورةً.

قال: (ولو قال لها: طلِّقي نفسَك واحدةً، فطلَّقت نفسَها ثلاثاً: لم يقع شيءٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تقعُ واحدةٌ)؛ لأنها أَتَتْ بما مَلَكَتْه وزيادةٍ، فصار كما إذا طلَّقَها الزوجُ ألفاً.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنها أَتَتْ بغير ما فُوِّضَ إليها، فكانت مبتَدِئةً[2]، لا مُجيبةً.

---

(١) وفي نُسخ: مشيئةٍ.

(٢) وفي نُسخ: مبتَدَأَةً.

وإن أَمَرَها بطلاقٍ يَملكُ الرجعةَ، فطلَّقت بائنةً، أو أَمَرَها بالبائن، فطلَّقت رجعيةً: وَقَعَ ما أَمَرَ به الزوجُ.

وهذا لأن الزوجَ مَلَّكَها الواحدةَ، والثلاثُ غيرُ الواحدة؛ لأن الثلاثَ اسمٌ لعددٍ مركَّبٍ مجتَمِعٍ، والواحدةُ فردٌ، لا تركيبَ فيه، فكانت بينهما مغايرةٌ علىٰ سبيل المُضادَّةِ.

بخلاف الزوج؛ لأنه يَتصرَّفُ بحُكْم الملك.

وكذا هي في المسألة الأُولىٰ؛ لأنها مَلَكَتِ الثلاثَ، أما ها هنا فلم تَملِكِ الثلاثَ، وما أَتَتْ بما فُوِّضَ إليها، فلَغَا.

قال: (وإن أَمَرَها بطلاقٍ يَملكُ الرجعةَ، فطلَّقت بائنةً، أو أَمَرَها بالبائن، فطلَّقت رجعيةً: وَقَعَ ما أَمَرَ به الزوجُ).

فمعنىٰ الأول: أن يقولَ لها الزوجُ: طلِّقي نفسَك واحدةً أملِكُ الرجعةَ، فتقول: طلَّقتُ نفسي واحدةً بائنةً، فتقعُ رجعيةٌ؛ لأنها أَتَتْ بالأصل وزيادةِ وَصْفٍ، كما ذَكَرْنا، فيَلْغُو الوَصْفُ، ويبقىٰ الأصلُ.

ومعنىٰ الثاني: أن يقولَ لها: طلِّقي نفسَك واحدةً بائنةً، فتقولُ: طلَّقتُ نفسي واحدةً رجعيةً، فتقعُ بائنةٌ؛ لأن قولَها: واحدةً رجعيةً: لَغْوٌ منها؛ لأن الزوجَ لَمَّا عيَّنَ صفةَ المفوَّضِ إليها، فحاجتُها بعد ذلك إلىٰ إيقاع الأصل، دون تعيين الوصفِ، فصار كأنها اقتصرت علىٰ الأصل، فيقعُ بالصفة التي عيَّنها الزوجُ بائناً، أو رجعياً[1].

---

(١) قوله: أو رجعياً: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإن قال لها: طلِّقي نفسَك ثلاثاً إن شئتِ، فطلَّقت نفسَها واحدةً: لم يقعْ شيءٌ.

ولو قال لها: طلِّقي نفسَكِ واحدةً إن شئتِ، فطلَّقت نفسَها ثلاثاً: فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تقعُ واحدةٌ.

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ إن شئتِ، فقالت: شئتُ إن شئتَ، فقال الزوجُ: شئتُ، ينوي الطلاقَ: بطل الأمرُ.

قال: (وإن قال لها: طلِّقي نفسَك ثلاثاً إن شئتِ، فطلَّقت نفسَها واحدةً: لم يقعْ شيءٌ)؛ لأن معناه: إن شئتِ الثلاثَ، وهي بإيقاع الواحدةِ: ما[1] شاءتِ الثلاثَ، فلم يوجدِ الشرطُ.

قال: (ولو قال لها: طلِّقي نفسَكِ واحدةً إن شئتِ، فطلَّقت نفسَها ثلاثاً: فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأنَّ مشيئةَ الثلاثِ: ليست بمشيئةٍ للواحدة، كإيقاعِها.

(وقالا: تقعُ واحدةٌ)؛ لأن مشيئةَ الثلاثِ: مشيئةٌ للواحدةِ، كما أن إيقاعَها: إيقاعٌ للواحدة، فوُجِدَ الشرطُ.

قال: (ولو قال لها: أنتِ طالقٌ إن شئتِ، فقالت: شئتُ إن شئتَ، فقال الزوجُ: شئتُ، ينوي الطلاقَ: بطل الأمرُ[2])؛ لأنه علَّق طلاقَها بالمشيئة المرسَلَة، وهي أَتَتْ بالمعلَّقة، فلم يوجَدِ الشرطُ، وهو اشتغالٌ بما لا يَعْنِيها، فخرج الأمرُ من يدها.

---

(١) ما: هنا نافية.

(٢) أي لم يقع ما لم يقل: شئتُ طلاقَك. كما في نسخة ٧٨٥هـ من بداية المبتدي.

وكذا إذا قالت: شئتُ إن شاء أبي، أو شئتُ إن كان كذا، لأمرٍ لم يجِئْ بعدُ.

وإن قالت: قد شئتُ إن كان كذا، لأمرٍ قد مضىٰ: طلُقت.

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ إذا شئتِ، أو: إذا ما شئتِ، أو: متىٰ شئتِ، أو: متىٰ ما شئتِ، فردَّتِ الأمرَ: لم يكن ردّاً، ولا يَقتصِرُ علىٰ المجلس.

ولا يقعُ الطلاقُ بقوله: شئتُ وإن نوىٰ الطلاقَ؛ لأنه ليس في كلام المرأة ذِكْرُ الطلاقِ ليصيرَ الزوجُ شائياً طلاقَها، والنيةُ لا تعملُ في غير المذكور.

حتىٰ لو قال: شئتُ طلاقَكِ: يقع إذا نوىٰ، لأنه إيقاعٌ مبتَدأٌ، إذِ المشيئةُ تُنبِيءُ عن الوجود.

بخلاف قولِه: أردتُ طلاقَك؛ لأنه لا يُنبِيءُ عن الوجود.

قال: (وكذا[1] إذا قالت: شئتُ إن شاء أبي، أو شئتُ إن كان كذا، لأمرٍ لم يجِئْ بعدُ)؛ لِمَا ذكرنا أنَّ المأتِيَّ به مشيئةٌ معلَّقةٌ، فلا يقعُ به الطلاقُ، وبطل الأمرُ.

قال: (وإن **قالت**: قد شئتُ إن كان كذا، لأمرٍ قد مضىٰ: طلُقت)؛ لأن التعليقَ بشرطٍ كائنٍ: تنجيزٌ.

قال: (ولو قال لها: أنتِ طالقٌ إذا شئتِ، أو: إذا ما شئتِ، أو: متىٰ شئتِ، أو: متىٰ ما شئتِ، فردَّتِ الأمرَ: لم **يكن** ردّاً، ولا يَقتصِرُ علىٰ المجلس).

---

(١) أي وكذا لا يقع الطلاق.

ولا تُطلِّقُ نفسَها إلا واحدةً.

ولو قال لها: أنت طالقٌ كلَّما شئتِ: فلها أن تُطلِّقَ نفسَها واحدةً بعد واحدةٍ حتىٰ تُطَلِّقَ نفسَها ثلاثاً.

حتىٰ لو عادتْ إليه بعد زوجٍ آخَرَ، فطلَّقَتْ نفسَها: لم يقعْ شيءٌ.

أما كلمة: متىٰ، ومتىٰ ما: فلأنهما للوقت، وهي[1] عامَّةٌ في الأوقات كلها، كأنه قال: في أيِّ وقتٍ شئتِ، فلا يَقتصِرُ علىٰ المجلس، بالإجماع.

ولو رَدَّتِ الأمرَ: لم يكن ردّاً؛ لأنه مَلَّكَها الطلاقَ في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكاً قبلَ المشيئةِ حتىٰ يَرتدَّ بالرد.

قال: (ولا تُطلِّقُ نفسَها إلا واحدةً)؛ لأنها تَعُمُّ الأزمانَ، دونَ الأفعال، فتملكُ التطليقَ في كلِّ زمان، ولا تملكُ تطليقاً بعد تطليق.

وأما كلمة: إذا، وإذا ما: فهي و: متىٰ: سواءٌ عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: إن كانت تُستعمل: إذا: للشرط كما تُستعمل للوقت، لكنَّ الأمرَ صار بيدها: فلا يَخرج الأمرُ بالشك، وقد مرَّ من قبل.

قال: (ولو قال لها: أنت طالقٌ كلَّما شئتِ: فلها أن تُطلِّقَ نفسَها واحدةً بعد واحدةٍ حتىٰ تُطَلِّقَ نفسَها ثلاثاً)؛ لأن كلمةَ: كلَّما: توجب تكرارَ الأفعال، إلا أن التعليقَ ينصرفُ إلىٰ الملكِ القائم.

قال: (حتىٰ لو عادتْ إليه بعد زوجٍ آخَرَ، فطلَّقَتْ نفسَها: لم يقعْ شيءٌ)؛ لأنه مِلْكٌ مستحدَثٌ.

---

(١) أي متىٰ، ومتىٰ ما.

وليس لها أن تُطلِّقَ نفسَها ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ.

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ حيثُ شئتِ، أو: أين شئتِ: لم تطلُقْ حتىٰ تشاءَ، وإن قامت من مجلسِها: فلا مشيئةَ لها.

وإن قال لها: أنتِ طالقٌ كيف شئتِ: طلُقَتْ تطليقةً يَملِكُ الرجعةَ،

فإن قالت: قد شئتُ واحدةً بائنةً، أو ثلاثاً، وقال الزوجُ: ذلك نويتُ: فهو كما قال.

قال: (وليس لها أن تُطلِّقَ نفسَها ثلاثاً بكلمةٍ واحدةٍ)؛ لأنها توجِبُ عمومَ الانفراد، لا عمومَ الاجتماع، فلا تملكُ الإيقاعَ جملةً وجَمْعاً.

قال: (ولو قال لها: أنتِ طالقٌ حيثُ شئتِ، أو: أين شئتِ: لم تطلُقْ حتىٰ تشاءَ.

وإن قامت من مجلسِها: فلا مشيئةَ لها)؛ لأن كلمةَ: حيث، وأين: من أسماءِ المكان، والطلاقُ لا تَعلُّقَ له بالمكان، فيلغُو، ويبقىٰ ذِكْرُ مُطْلَقِ المشيئة، فيَقتصِرُ علىٰ المجلس.

بخلاف الزمان؛ لأنَّ له تعلُّقاً به[1]، حتىٰ يقعُ في زمانٍ، دونَ زمان، فوَجَبَ اعتبارُه عموماً وخصوصاً.

قال: (وإن قال لها: أنتِ طالقٌ كيف شئتِ: طلُقَتْ تطليقةً يَملِكُ الرجعةَ)، ومعناه: قبلَ المشيئة.

قال: (فإن قالت: قد شئتُ واحدةً بائنةً، أو ثلاثاً، وقال الزوجُ: ذلك نويتُ: فهو كما قال)؛ لأن عند ذلك تثبتُ المُطابقةُ بين مشيئتها وإرادته.

---

(١) أي لأن الطلاق له تعلُّقٌ بالزمان.

قال رضي الله عنه : قال في «الأصل» : هذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما : لا يقعُ ما لم تُوقِعِ المرأةُ، فتشاءُ رجعيةً، أو بائنةً، أو ثلاثاً.

أما إذا أرادت ثلاثاً، والزوجُ واحدةً بائنةً، أو على القلب: تقعُ واحدةٌ رجعيةٌ؛ لأنه لغا تصرُّفُها؛ لعدم الموافقةِ، فبقِيَ إيقاعُ الزوج.

وإن لم تَحضُرْه النيةُ: تُعتَبرُ مشيئتُها فيما قالوا[١]؛ جَرْياً على موجَبِ التخيير.

(قال رضي الله عنه: قال في «الأصل[٢]»: هذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يقعُ ما لم تُوقِعِ المرأةُ، فتشاءُ رجعيةً، أو بائنةً، أو ثلاثاً).

وعلى هذا الخلاف: العَتاقُ.

لهما: أنه فَوَّض التطليقَ إليها على أيِّ صفةٍ شاءت، فلا بدَّ من تعليق أصلِ الطلاقِ بمشيئتها؛ لتكونَ لها المشيئةُ في جميعِ الأحوالِ، ﷺ أعني قبلَ الدخولِ، وبعدَه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن كلمةَ: كيف: للاستيصاف[٣]، يقالُ: كيف أصبحتَ، والتفويضُ في وَصْفِه يستدعي وجودَ أصلِه، ووجودُ الطلاق لوقوعه.

---

(١) أي العلماء.

(٢) للإمام محمد رحمه الله ٤/٥٨٣.

(٣) أي للسؤال عن وَصْف الشيء. البناية ٧/٤٠.

وإن قال لها: أنتِ طالقٌ كم شئتِ، أو: ما شئت: طلَّقَتْ نفسَها ما شاءت.

فإن قامت من المجلس: بطل، وإن ردَّتِ الأمرَ: كان ردّاً.

وإن قال لها: طلِّقي نفسَك مِن ثلاثٍ ما شئتِ: فلها أن تُطلِّقَ نفسَها واحدةً أو ثِنْتَيْن، ولا تُطلِّقُ ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تُطلِّقُ ثلاثاً إن شاءت.

قال: (وإن قال لها: أنتِ طالقٌ كم شئتِ، أو: ما شئت: طلَّقَتْ نفسَها ما شاءت)؛ لأنهما يُستعمَلان للعدد، فقد فَوَّضَ إليها أيَّ عددٍ شاءت.

(فإن قامت من المجلس: بطل.

وإن ردَّتِ الأمرَ: كان ردّاً)؛ لأن هذا أمرٌ واحدٌ، وهو خطابٌ في الحال، فيقتضي الجوابَ في الحال.

قال: (وإن قال لها: طلِّقي نفسَك مِن ثلاثٍ ما شئتِ: فلها أن تُطلِّقَ نفسَها واحدةً أو ثِنْتَيْن، ولا تُطلِّقُ ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تُطلِّقُ ثلاثاً إن شاءت)؛ لأن كلمةَ: ما: مُحكَمةٌ في التعميم، وكلمةُ: مِن: قد تُستعمل للتمييز، فتُحمَلُ علىٰ تمييز الجنس، كما إذا قال: كُلْ مِن طعامي ما شئتَ، أو: طلِّقْ من نسائي مَن شاءت.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ كلمةَ: مِن: حقيقةٌ للتبعيض، وما: للتعميم، فيُعمَل بهما.

وفيما استَشهدا به: تُرِكَ التبعيضُ، بدلالة إظهار السماحة، أو لعموم الصفة، وهي المشيئةُ.

. . . .

حتىٰ لو قال: مَن شئت[١]: كان علىٰ هذا الخلاف[٢]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) يعني لو قال: طلِّق من نسائي مَن شئتَ.

(٢) أي المذكور بين الإمام وصاحبيه.

باب
الأَيْمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ النكاح: وَقَعَ عَقِيبَ النكاحِ، مثلُ أن يقولَ لامرأةٍ: إن تزوَّجتُكِ فأنتِ طالقٌ، أو: كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالقٌ.

باب

الأَيْمان في الطلاق

قال: (وإذا أضاف الطلاقَ إلىٰ النكاح: وَقَعَ عَقِيبَ النكاحِ، مثلُ أن يقولَ لامرأةٍ: إن تزوَّجتُكِ فأنتِ طالقٌ، أو: كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالقٌ).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لا يقعُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا طلاقَ قبلَ النكاح»[2].

ولنا: أن هذا تصرُّفُ يمينٍ؛ لوجود الشرطِ والجزاءِ، فلا يُشترطُ لصحته قيامُ الملك في الحال؛ لأن الوقوعَ عند الشرط، والملكُ متيقَّنٌ به عنده[3]، وقبلَ ذلك أثرُه: المنعُ[4]، وهو قائمٌ بالمتصرِّف.

---

(١) الإقناع للماوردي ١/١٥١.

(٢) سنن ابن ماجه (٢٠٤٨)، ولفظ الترمذي (١١٨١): «...ولا طلاق فيما لا يملك»، وصححه، الدراية ٢/٧٢.

(٣) أي عند الشرط. البناية ٧/٤٨.

(٤) أي قبل وجود الشرط: أثرُ الشرط أن يمنعَ السببَ من أن يتصل بالمَحَلِّ.

وإذا أضافه إلىٰ شَرْطٍ : وَقَع عَقِيبَ الشرط، مثلُ أن يقولَ لامرأته : إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ.

ولا تصحُّ إضافةُ الطلاقِ إلا أن يكونَ الحالِفُ مالكاً، أو يُضيفَه إلىٰ مِلْكه.

فإن قال لأجنبيةٍ : إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثم تزوَّجَها، . . . . . .

والحديثُ محمولٌ علىٰ نفي التنجيز، والحملُ مأثورٌ عن السلف، كالشعبيِّ، والزُّهريِّ، وغيرِهما[1].

قال: (وإذا أضافه إلىٰ شَرْطٍ: وَقَع عَقِيبَ الشرط، مثلُ أن يقولَ لامرأته: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ)، وهذا بالاتفاق؛ لأنَّ الملكَ قائمٌ في الحال، والظاهرُ بقاؤه إلىٰ وقتِ وجودِ الشرطِ، فيصحُّ يميناً، أو إيقاعاً.

قال: (ولا تصحُّ إضافةُ الطلاقِ إلا أن يكونَ الحالِفُ مالكاً، أو يُضيفَه إلىٰ مِلْكه)؛ لأن الجزاءَ لا بدَّ أن يكون ظاهراً[2]؛ ليكونَ مُخِيفاً[3]، فيتحقَّقُ معنىٰ اليمين، وهو القوةُ والظهورُ بأحدِ هذَيْن[4]، والإضافةُ إلىٰ سببِ الملك: بمنزلة الإضافة إليه؛ لأنه ظاهرٌ عند سببه.

قال: (فإن قال لأجنبيةٍ: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثم تزوَّجَها،

---

(١) مصنف عبد الرزاق (١١٤٧٥)، مصنف ابن أبي شيبة (١٧٨٣٨، ١٧٨٤٠)، التعريف والإخبار ٣/٤٨، الدراية ٢/٧٢.

(٢) أي ظاهر الوجود.

(٣) أي بوقوع الجزاء فيما إذا كان المقصودُ منه المنع، بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالقٌ. البناية ٧/٥١.

(٤) أي مالكاً، أو مضيفاً إلىٰ الملك.

فدخلتِ الدارَ: لم تطلُقْ.

وألفاظُ الشرطِ: إن، و: إذا، و: إذا ما، و: كلُّ، و: كلَّما، و: متىٰ، و: متىٰ ما.

ففي هذه الألفاظِ إذا وُجد الشرطُ: انْحَلَّتْ اليمينُ، وانتهت.

فدخلتِ الدارَ: لم تطلُقْ)؛ لأن الحالِفَ ليس بمالكٍ، وما أضافَه إلىٰ الملك أو سببِه[١]، ولا بدَّ من واحدٍ منهما.

قال: (وألفاظُ الشرطِ: إن، و: إذا، و: إذا ما، و: كلُّ، و: كلَّما، و: متىٰ، و: متىٰ ما)؛ لأن الشرطَ مُشتَقٌّ من العلامة، وهذه الألفاظُ مما تليها أفعالٌ، فتكونُ علاماتٍ علىٰ الحِنْثِ.

ثم كلمةُ: إن: صِرْفٌ[٢] للشرط؛ لأنه ليس فيها معنىٰ الوقت، وما وراءَها ملحَقٌ بها.

وكلمة: كلُّ: ليست شرطاً حقيقةً؛ لأنَّ ما يليها اسمٌ، والشرطُ: ما يتعلَّقُ به الجزاءُ، والأجزيةُ تتعلَّقُ بالأفعال، إلا أنه أُلحِقَ بالشروط[٣]؛ لتعلُّق الفعل بالاسم الذي يليها، مثلُ قولِك: كلُّ عبدٍ أشتَرِيه فهو حرٌّ.

قال: (ففي هذه الألفاظِ إذا وُجد الشرطُ: انْحَلَّتْ اليمينُ، وانتهت[٤])؛

---

(١) وفي نُسخ: إلىٰ الملك وسببه، و: ما: في جملة: وما أضافه: نافية.

(٢) أي خالصٌ للشرط. وفي نُسخ: حرفٌ.

(٣) وفي نُسخ بالتأنيث: إلا أنها أُلحِقتْ بالشروط.

(٤) جاء هنا في بداية المبتدي ص٢٥٦ زيادة: ووقع الطلاق.

إلا في كلمة : كلَّما .

فإن تزوَّجها بعد ذلك، وتكرَّر الشرطُ : لم يقع شيءٌ .

ولو دَخَلَتْ علىٰ نفسِ التزوُّجِ، بأن قال : كلَّما تزوَّجتُ امرأةً فهي طالقٌ : يَحنَثُ بكل مرَّةٍ وإن كان بعدَ زوجٍ آخَرَ .

لأنها غيرُ مقتضيةٍ للعموم والتكرارِ لغةً، فبوجود الفعل مرةً: يَتِمُّ الشرطُ، ولا بقاءَ لليمين بدونه.

(إلا في كلمة: كلَّما)، فإنها تقتضي تعميمَ الأفعال.

قال الله تعالىٰ: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم﴾. الآية. النساء/٥٦، ومن ضرورةِ التعميم: التكرارُ.

قال: (فإن تزوَّجها بعد ذلك)، أي بعدَ زوجٍ آخَرَ، (وتكرَّر الشرطُ: لم يقع شيءٌ)؛ لأن باستيفاء الطَّلَقَاتِ[١] الثلاثِ المملوكاتِ في هذا النكاح: لم يَبْقَ الجزاءُ، وبقاءُ اليمينِ به وبالشرط.

وفيه خلافُ زفر رحمه الله، وسنقرِّرُه من بعدُ[٢] إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولو دَخَلَت[٣] علىٰ نفسِ التزوُّجِ، بأن قال: كلَّما تزوَّجتُ امرأةً فهي طالقٌ: يَحنَثُ بكل مرَّةٍ وإن كان بعدَ زوجٍ آخَرَ)؛ لأنَّ انعقادَها باعتبار ما يَملِكُ عليها من الطلاق بالتزوج، وذلك غيرُ محصور.

---

(١) وفي نُسخ: التطليقات.

(٢) في آخر الباب.

(٣) أي كلمة: كلما.

وزوالُ الملكِ بعد اليمين : لا يُبطِلُها .

ثم إن وُجِدَ الشرطُ في ملكِه : انحلَّتِ اليمينُ، ووَقَعَ الطلاقُ.

وإن وُجِدَ في غير الملك : انحلَّتِ اليمينُ، ولم يقعْ شيءٌ.

وإن اختلفا في وجودِ الشرط : فالقولُ قولُ الزوج، إلا أن تُقيمَ المرأةُ البينةَ.

فإن كان الشرطُ لا يُعلَم إلا من جهتها : فالقولُ قولُها في حقِّ نفسِها، مثلُ أن يقولَ : إن حِضْتِ فأنتِ طالقٌ وفلانةُ، فقالت : قد حِضْتُ : طلُقت هيَ، ولم تطلُقْ فلانةُ.

قال: (وزوالُ الملكِ بعد اليمين: لا يُبطِلُها)؛ لأنه لم يوجَدْ الشرطُ، فبقيَ، والجزاءُ باقٍ؛ لبقاءِ مَحَلِّه، فبقِيَ اليمين.

قال: (ثم إن وُجِدَ الشرطُ في ملكِه: انحلَّتِ اليمينُ، ووَقَعَ الطلاقُ)؛ لأنه وُجِدَ الشرطُ، والمَحَلُّ قابِلٌ للجزاء، فينزِلُ الجزاءُ، ولا تبقىٰ اليمينُ؛ لِمَا قلنا.

(وإن وُجِدَ في غير الملك: انحلَّتِ اليمينُ)؛ لوجود الشرطِ، (ولم يقعْ شيءٌ)؛ لانعدام المَحَلِّية.

قال: (وإن اختلفا في وجودِ الشرط: فالقولُ قولُ الزوج، إلا أن تُقيمَ المرأةُ البينةَ)؛ لأنه متمسِّكٌ بالأصل، وهو عدمُ الشرط.

ولأنه يُنكِرُ وقوعَ الطلاق، وزوالَ الملك، والمرأةُ تدَّعيه.

قال: (فإن كان الشرطُ لا يُعلَم إلا من جهتها: فالقولُ قولُها في حقِّ نفسِها، مثلُ أن يقولَ: إن حِضْتِ فأنتِ طالقٌ وفلانةُ، فقالت: قد حِضْتُ: طلُقت هيَ، ولم تطلُقْ فلانةُ).

وكذلك لو قال: إن كنتِ تُحِبِّينَ أن يُعذِّبَكِ اللهُ في نارِ جهنَّمَ فأنتِ طالقٌ، وعبدي حُرٌّ، فقالت: أُحِبُّه.

أو قال: إن كنتِ تُحِبِّيني فأنتِ طالقٌ، وهذه معكِ، وعبدي حرٌّ، فقالت: أُحِبُّكَ: طلُقَتْ هي، ولم يَعتِقِ العبدُ، ولا تَطلُقُ صاحبتُها.

ووقوعُ الطلاقِ عليها استحسانٌ، والقياسُ أن لا يقعَ؛ لأنه شرطٌ، فلا تُصدَّقُ كما في الدخول.

وجهُ الاستحسانِ: أنها أمينةٌ في حقِّ نفسِها، إذ لا يُعلَم ذلك إلا من جهتها، فيُقبَلُ قولُها كما قُبِلَ في حقِّ العِدَّةِ والغِشْيانِ، لكنها شاهدةٌ في حقِّ ضَرَّتها، بل هي متَّهمةٌ، فلا يُقبَلُ قولُها في حقها.

قال: (وكذلك لو قال: إن كنتِ تُحِبِّينَ أن يُعذِّبَكِ اللهُ في نارِ جهنَّمَ فأنتِ طالقٌ، وعبدي حُرٌّ، فقالت: أُحِبُّه.

أو قال: إن كنتِ تُحِبِّيني فأنتِ طالقٌ، وهذه معكِ، وعبدي حرٌّ[1]، فقالت: أُحِبُّكَ: طلُقَتْ هي، ولم يَعتِقِ العبدُ، ولا تَطلُقُ صاحبتُها)؛ لِمَا بيَّنَّا.

ولا يُتيقَّنُ بكَذِبِها؛ لأنها لشدَّةِ بُغْضِها إياه: قد تُحِبُّ التخلُّصَ منه بالعذاب.

وفي حقِّها إن تَعَلَّقَ الحكمُ بإخبارها وإن كانت كاذبةً، ففي حقِّ غيرها: بقيَ الحكمُ على الأصل، وهي المَحبَّةُ.

---

(١) قوله: وعبدي حرٌّ: مثبتٌ في نُسخ نفيسة، وغيرُ مثبتٍ في نُسخ أخرىٰ.

وإذا قال لها: إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ، فرَأَتِ الدمَ: لم يقعِ الطلاقُ حتىٰ يَستمرَّ بها ثلاثةَ أيام، فإذا تمَّتْ ثلاثةُ أيامٍ: حكَمْنا بالطلاق من حينِ حاضت.

ولو قال لها: إذا حِضْتِ حَيْضةً فأنتِ طالقٌ: لم تطلُقْ حتىٰ تطهُرَ من حيضتِها.

وإذا قال لامرأته: أنتِ طالقٌ إذا صُمْتِ يوماً: طَلُقَتْ حين.......

قال: (وإذا قال لها: إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ، فرَأَتِ الدمَ: لم يقعِ الطلاقُ حتىٰ يَستمرَّ بها ثلاثةَ أيام)؛ لأن ما يَنقطعُ دونَها: لا يكون حيضاً.

قال: (فإذا تمَّتْ ثلاثةُ أيامٍ: حكَمْنا بالطلاق من حينِ حاضت)؛ لأنه بالامتداد عُرِفَ أنه من الرَّحِم، فكان حيضاً من الابتداء.

قال: (ولو قال لها: إذا حِضْتِ حَيْضةً فأنتِ طالقٌ: لم تطلُقْ حتىٰ تطهُرَ من حيضتِها)؛ لأن الحيضةَ ـ بالهاء ـ: هي الكاملةُ منها، ولهذا حُمِلَ عليه في حديث الاستبراء[1]، وكمالُها: بانتهائها، وذلك بالطُّهر.

قال: (وإذا قال لامرأته[2]: أنتِ طالقٌ إذا صُمْتِ يوماً: طَلُقَتْ حين

---

(١) أي حديث سبايا أَوْطاس ـ وأَوْطاس: وادٍ في ديار هوازن جنوبي مكة المكرمة بين حُنَيْن والطائف بنحو ثلاث مراحل ـ وهو: «لا توطأ حاملٌ حتىٰ تضع، ولا غير ذات حمل حتىٰ تحيض»، أخرجه أبو داود في سننه (٢١٥٧)، وغيره، وحسَّن إسناده في التلخيص الحبير ٢/ ١٧١، وينظر التعريف والإخبار ٢/ ٢٧٤.

(٢) وفي نُسخ: لها.

تغِيْبُ الشمسُ في اليومِ الذي تصومُ فيه.

ومَن قال لامرأته: إذا وَلَدْتِ غلاماً فأنتِ طالقٌ واحدةً، وإذا وَلَدْتِ جاريةً فأنتِ طالقٌ ثِنْتَيْن، فوَلَدَتْ غلاماً وجاريةً، ولا يُدرَىٰ أيُّهما وُلِد أوَّلاً: لَزِمَه في القضاء تطليقةٌ، وفي التنزُّه: تطليقتان، وانقضتِ العِدَّةُ بوضع الولد الأخير.

تغِيْبُ الشمسُ في اليومِ الذي تصومُ فيه)؛ لأن اليومَ إذا قُرِنَ بفعلٍ ممتدٍّ: يُرادُ به بياضُ النهارِ.

بخلاف ما إذا قال لها: إذا صُمْتِ؛ لأنه لم يُقدِّرْه بمعيارٍ، وقد وُجِدَ الصومُ بركنه، وشَرْطِه.

قال: (ومَن قال لامرأته: إذا وَلَدْتِ غلاماً فأنتِ طالقٌ واحدةً، وإذا وَلَدْتِ جاريةً فأنتِ طالقٌ ثِنْتَيْن، فوَلَدَتْ غلاماً وجاريةً، ولا يُدرَىٰ أيُّهما وُلِد أوَّلاً: لَزِمَه في القضاء تطليقةٌ، وفي التنزُّه[1]: تطليقتان، وانقضتِ العِدَّةُ بوضع الولدِ الأخير[2]).

لأنها لو وَلَدَتِ الغلامَ أوَّلاً: وقعت واحدةٌ، وتنقضي عدتُها بوضع الجارية، ثم لا يقعُ شيءٌ آخَرُ به[3]؛ لأنه حالُ انقضاءِ العدة.

ولو وَلَدَتِ الجاريةَ أوَّلاً: وَقَعَتْ تطليقتان، وانقَضَتْ عِدَّتُها بوضع الغلامِ، ثم لا يقعُ شيءٌ آخَرُ به؛ لِمَا ذَكَرْنا أنه حالُ انقضاءِ العدة.

---

(١) أي التباعد عن السوء، والتورُّع عن مظانِّ الحُرمة. البناية ٦٢/٧.

(٢) وفي نُسَخ: بوضع الحمل.

(٣) وفي نُسخ: ثم لا يقع أخرىٰ به.

وإن قال لها : إن كلَّمتِ أبا عَمرٍو وأبا يوسفَ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، ثم طلَّقها طلاقاً بائناً، فبانت، وانقضتْ عدتُها، فكلَّمتْ أبا عَمرٍو، ثم تزوَّجها، فكلَّمتْ أبا يوسف : فهي طالقٌ ثلاثاً، مع الواحدةِ الأُولىٰ.

فإذاً في حال: تقعُ واحدةٌ، وفي حال: تقع ثنتان، فلا تقعُ الثانيةُ بالشك[1]، والأَوْلىٰ أن يُؤخَذَ[2] بالثنتين؛ تَنَزُّهاً[3] واحتياطاً.

والعِدَّةُ مُنقضيةٌ بيقينٍ؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (وإن قال لها: إن كلَّمتِ أبا عَمرٍو وأبا يوسفَ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، ثم طلَّقها طلاقاً بائناً[4]، فبانت، وانقضتْ عدتُها، فكلَّمتْ أبا عَمرٍو، ثم تزوَّجها، فكلَّمتْ أبا يوسف: فهي طالقٌ ثلاثاً، مع الواحدةِ الأُولىٰ).

وقال زفر رحمه الله: لا يقعُ.

وهذه علىٰ وجوهٍ[5]: أما إن وُجد الشرطان في المِلك: فيقعُ الطلاقُ، وهذا ظاهرٌ.

أو وُجِدا في غيرِ الملكِ: فلا يقع.

---

(١) وفي طبعات الهداية: بالشك والاحتمال. قلت: وفي أقدم نسخة ٦٠٥هـ: كَتَبَ الناسخ: والاحتمال، ثم ضرب عليها بخطٍّ؛ لإلغائها.

(٢) وفي نُسخ: نأخذ، وفي أخرىٰ: يأخذ.

(٣) أي تورُّعاً.

(٤) هكذا كما أثبتُّ: في النسخة السلطانية النفيسة ٧٩٧هـ، وفي نُسخ: طلقةً واحدةً، وفي غالب النسخ: ثم طلَّقها، فبانت.

(٥) أربعةٍ.

وإن قال لها: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، فطلَّقَها ثنتين، وتزوَّجتْ زوجاً آخَرَ، ودَخَلَ بها، ثم عادتْ إلىٰ الأول، فدخلتِ الدارَ: طَلُقَتْ ثلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

أو وُجِدَ الأولُ في الملك، والثاني في غير الملك: فلا يقعُ أيضاً[1]؛ لأن الجزاءَ لا يَنزِلُ في غير الملك[2].

أو وُجِدَ الأولُ في غير الملك، والثاني في الملك، وهي مسألةُ الكتاب الخلافية.

له[3]: اعتبارُ الأولِ بالثاني، إذْ هما في حكمِ الطلاقِ كشيءٍ واحدٍ.

ولنا: أن صحةَ الكلامِ بأهلية المتكلِّم، إلا أن الملكَ يُشترطُ حالةَ التعليق؛ ليصيرَ الجزاءُ غالبَ الوجود؛ لاستصحاب الحال، فتصحُّ اليمين، وعند تمامِ الشرط: ليَنزِلَ الجزاءُ؛ لأنه لا يَنزِلُ إلا في الملك، وفيما بين ذلك الحال: حالُ بقاءِ اليمين، فيُستغنىٰ عن قيام الملك، إذ بقاؤه بمَحَلِّه، وهو الذمةُ.

قال: (وإن قال لها: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، فطلَّقَها ثنتين، وتزوَّجتْ زوجاً آخَرَ، ودَخَلَ بها، ثم عادتْ إلىٰ الأول، فدخلتِ الدارَ: طَلُقَتْ ثلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) إجماعاً. حاشية سعدي.

(٢) وفي طبعات الهداية القديمة زيادة هنا: فلا تقع.

(٣) أي للإمام زفر رحمه الله.

وقال محمدٌ رحمه الله : هي طالقٌ ما بقِيَ من الطلاق .

وإن قال لها : إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، ثم قال لها : أنتِ طالقٌ ثلاثاً، فتزوَّجت غيرَه، ودَخَلَ بها، ثم رَجَعَتْ إلىٰ الأول، فدخلتِ الدارَ : لم يقع شيءٌ .

وقال محمدٌ رحمه الله: هي طالقٌ ما بقِيَ من الطلاق[1]، وهو قولُ زفر رحمه الله.

وأصلُه: أن الزوجَ الثاني يَهدِمُ ما دونَ الثلاثِ عندهما، فتعودُ إليه بالثلاث.

وعند محمدٍ وزفرَ رحمهما الله: لا يَهدِمُ ما دونَ الثلاث، فتعودُ إليه بما بقيَ، وسنبيِّنُه[2] من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن قال لها: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، ثم قال لها: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، فتزوَّجت غيرَه، ودَخَلَ بها، ثم رَجَعَتْ إلىٰ الأول، فدخلتِ الدارَ: لم يقع شيءٌ).

وقال زفرُ رحمه الله: تقعُ الثلاثُ؛ لأن الجزاءَ ثلاثٌ مطلَقٌ؛ لإطلاق اللفظ، وقد بقِيَ احتمالُ وقوعِها، فتبقىٰ اليمينُ.

ولنا: أن الجزاءَ طَلَقَاتُ هذا المِلكِ؛ لأنها هي المانعةُ[3]؛ لأن الظاهرَ

---

(١) وفي نُسخ: بما بقي من الثلاث.

(٢) أي مسألة الهدم، وفي نسخ: وسنبيِّن ذلك. قلت: وسيبيِّنه في آخر فصل: فيما تحل به المطلقة.

(٣) أي عن تحصيل الشرط.

ولو قال لامرأته : إذا جامعتُكِ فأنتِ طالِقٌ ثلاثاً، فجامَعَها، فلَمَّا التقىٰ الختانان، ولَبِثَ ساعةً : لم يجب عليه المهرُ.

وإن أخرجه، ثم أدخله : وَجَبَ عليه المهرُ.

وكذا إذا قال لأَمَتِه : إذا جامعتُك فأنتِ حرةٌ.

عدمُ ما يَحْدُثُ، واليمينُ تُعقَدُ للمنع أو الحَمْل.

وإذا كان الجزاءُ ما ذكرناه، وقد فات بتنجيز الثلاثِ المبطِلِ للمَحَلِّيَّة: فلا تبقىٰ اليمينُ.

بخلاف ما إذا أبانها؛ لأنَّ الجزاءَ باقٍ؛ لبقاء محلِّه.

قال: (ولو قال لامرأته: إذا جامعتُكِ فأنتِ طالِقٌ ثلاثاً، فجامَعَها، فلَمَّا التقىٰ الختانان[1]، ولَبِثَ ساعةً[2]: لم يجب عليه المهر[3].

وإن أخرجه، ثم أدخله: وَجَبَ عليه المهر[4].

وكذا[5] إذا قال لأَمَتِه: إذا جامعتُك فأنتِ حرةٌ).

---

(١) أي ووقع الطلاق بتحقق الشرط، وهو قولُه: إذا جامعتك.

(٢) أي لبث بعد الإيلاج، ولم يُخرجه مستمتعاً في غير الملك.

(٣) أي العُقْر، وهو مهر المثل، وهذا يجب إذا وُطئت بشبهة، وهنا قد لبث مستمتعاً بعد أن طلقت بالتقاء الختانين، وتحقَّقَ شرطُ الطلاق، فصار كأنه وطءٌ بشبهة، ولا يجب العقر؛ لأن اللبث ليس بإدخال، كما سيأتي.

(٤) أي ثانياً.

(٥) أي لا يجب المهر، وهو العقر، أي مهر المثل.

. . . .

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه أوجب المهرَ في الفصل الأول[١] أيضاً؛ لوجود الجماعِ منه بالدوام عليه[٢]، إلا أنه لا يجبُ عليه الحدُّ؛ للاتحاد[٣].

وجه الظاهر[٤]: أن الجِمَاع إدخالُ الفَرْجِ في الفرجِ، ولا دوامَ للإدخال.

بخلاف ما إذا أخرج، ثم أَوْلَجَ؛ لأنه وُجِدَ الإدخالُ بعد الطلاق.

إلا أن الحَدَّ لا يجبُ بشبهة الاتحاد؛ بالنظر إلىٰ المجلسِ والمقصودِ.

وإذا لم يجبِ الحدُّ: وَجَبَ العُقْرُ؛ إذِ الوطءُ لا يخلو عن أحدهما.

ولو كان الطلاقُ رجعياً: يصيرُ مُراجِعاً باللِّبَاث عند أبي يوسف رحمه الله، ولمحمدٍ رحمه الله: لوجود المِسَاس.

ولو نَزَعَ، ثم أولج: صار مراجِعاً، بالإجماع؛ لوجود الجِمَاع، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) يعني إذا لم يُخرجه.

(٢) لأن الجماع عبارةٌ عن الاجتماع، وهو ثابتٌ بالدوام علىٰ اللبثُ.

(٣) أي لاتحاد الإيلاج الحلال، مع اللبث الحرام من حيث المقصود، وهو قضاء الشهوة، فكان الجماع واحداً من وجه، وأوَّلُه غيرُ موجب للحد، فسقط الحد، ووجب العقر؛ لأن الوطء المحرَّم لا يخلو عن عُقرٍ أو حدٍّ. البناية ٦٨/٧.

(٤) أي ظاهر الرواية.

فصلٌ في الاستثناء

وإذا قال الرجلُ لامرأته : أنتِ طالقٌ إن شاء الله، متَّصلاً به : لم يقعِ الطلاقُ.

فصلٌ في الاستثناء

قال: (وإذا قال الرجلُ لامرأته: أنتِ طالقٌ إن شاء الله، متَّصلاً به: لم يقعِ الطلاقُ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن حَلَفَ بطلاقٍ أو عتَاقٍ، وقال: إن شاء الله، متصلاً به: فلا حِنْثَ عليه»(١).

ولأنه أتىٰ بصورةِ الشَّرْط، فيكونُ تعليقاً من هذا الوجه.

وأنه إعدامٌ قبلَ الشرط، والشرطُ لا يُعلَمُ ها هنا، فيكونُ إعداماً من الأصل، ولهذا يُشترطُ أن يكونَ متصلاً به، بمنزلة سائرِ الشروط.

ولو سكت(٢): يثبتُ حكمُ الكلامِ الأولِ(٣)، فيكونُ الاستثناءُ أو ذِكْرُ الشرط بعده رجوعاً عن الأول.

---

(١) قال في التعريف والإخبار ٣/٥٥: قال مخرِّجو الهداية: لم نجده، وجاء بمعناه في سنن الترمذي (١٥٣١)، وقال: حديث حسن، ولفظه: «مَن حلف علىٰ يمين، فقال: إن شاء الله: فلا حنث عليه»، الدراية ٢/٧٢.

(٢) أي المتكلمُ زيادة علىٰ قَدْر النَّفَس بين قوله: أنت طالق، وبين قوله: إن شاء الله.

(٣) أي وقوع الطلاق.

وكذلك إذا ماتَتْ قبلَ قولِه : إن شاء الله .

وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا واحدةً : طلُقَتْ ثنتين .

وإن قال : إلا ثنتين : طلُقَتْ واحدةً .

قال: (وكذلك إذا ماتَتْ قبلَ قولِه: إن شاء الله[1])؛ لأن بالِاستثناء خَرَجَ الكلامُ من أن يكون إيجاباً.

والموتُ ينافي الموجِبَ، دون المُبطِلِ.

بخلاف ما إذا مات الزوجُ؛ لأنه لم يتصل به الاستثناءُ.

قال: (وإن قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا واحدةً: طلُقَتْ ثنتين.

وإن قال: إلا ثِنْتين: طلُقَتْ واحدةً).

والأصل: أن الاستثناءَ: تَكَلُّمٌ بالحاصل بعد الثُّنْيا، هو الصحيح.

ومعناه: أنه تكلُّمٌ بالمستثنىٰ منه بعد المستثنىٰ، إذْ لا فَرْقَ بين قول القائل: لفلانٍ عليَّ درهمٌ، وبين قولِه: عشرةٌ إلا تسعةً، فيصحُّ استثناءُ البعضِ من الجملة؛ لأنه يبقىٰ التكلُّمُ بالبعض بعده.

ولا يصحُّ استثناءُ الكلِّ من الكلِّ؛ لأنه لا يبقىٰ بعدَه[2] شيءٌ يصيرُ متكلِّماً به[3]، وصارِفاً للَّفظ إليه.

---

(١) وفي بداية المبتدي ص٢٦٠: قبل قولِه: إن شاء الله، وبعد قوله: طالق.

(٢) الضمير يعود إلىٰ استثناء الكل.

(٣) الضمير يرجع إلىٰ لفظ: شيء.

ولو قال : إلا ثلاثاً : يقعُ الثلاثُ.

وإنما يصحُّ الاستثناءُ إذا كان موصولاً به[1]، كما ذكرنا من قبل.

إذا ثبت هذا: ففي الفصلِ الأول[2] المستثنىٰ منه: ثنتان: فيقعان.

وفي الثاني: واحدةٌ: فتقعُ واحدةٌ.

قال: (ولو قال: إلا ثلاثاً: يقعُ الثلاثُ)؛ لأنه استثناءُ الكلِّ من الكلِّ، فلم يصحَّ الاستثناءُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي موصولاً بأول الكلام.

(٢) أي استثناء الواحدة من الثلاث.

باب
طلاق المريض

وإذا طَلَّقَ الرجلُ امرأتَه في مرضِ موتِه طلاقاً بائناً، فمات وهيَ في العِدَّة : وَرِثَتْه، وإن مات بعدَ انقضاءِ عِدَّتها : فلا ميراثَ لها .

باب
طلاق المريض

قال: (وإذا طَلَّقَ الرجلُ امرأتَه في مرضِ موتِه طلاقاً بائناً، فمات وهيَ في العِدَّة: وَرِثَتْه، وإن مات بعدَ انقضاءِ عِدَّتها: فلا ميراثَ لها).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: لا تَرِثُ في الوجهَيْن؛ لأن الزوجيةَ قد بطلت بهذا العارض، وهي السببُ، ولهذا لا يَرِثُها إذا ماتت.

ولنا: أن الزوجيةَ سببُ إرثِها في مرضِ موتِه، والزوجُ قَصَدَ إبطالَه، فيُرَدُّ عليه قصدُه بتأخير عملِه إلىٰ زمانِ انقضاءِ العدة؛ دفعاً للضرر عنها، وقد أمكن؛ لأن النكاحَ في العدة يبقىٰ في حَقِّ بعضِ الآثار[2]، فجاز أن يبقىٰ في حقِّ إرْثها منه.

بخلاف ما بعدَ الانقضاء؛ لأنه لا إمكانَ.

---

(١) نهاية المطلب ١٤/٢٣٠.

(٢) من وجوب النفقة، وحُرمة التزوج، وحُرمة الخروج، وحُرمة نكاح الأخت، ونكاح أربعة سواها. البناية ٧/٨١.

وإنْ طَلَّقَها ثلاثاً بأمرها، أو قال لها: اختاري، فاختارَتْ نفسَها، أو اختَلَعَتْ منه، ثم مات وهي في العِدَّة: لم ترِثْه.

وإن قالت: طلِّقْني للرجعة، فطلَّقَها ثلاثاً: وَرِثَتْه.

وإن قال لها في مرضِ موته: قد كنتُ طلَّقتُكِ ثلاثاً في صِحَّتي، وانقَضَتْ عِدَّتُكِ، فصدَّقَتْه، ثم أقرَّ لها بدَيْنٍ، أو أوصىٰ لها بوصيةٍ: فلها الأقلُّ من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يجوزُ إقرارُه، ووصيتُه.

والزوجيةُ[1] في هذه الحالة: ليست بسببٍ لإرثه عنها، فتبطلُ في حَقِّه، خصوصاً إذا رضيَ به.

قال: (وإنْ طَلَّقَها ثلاثاً بأمرها، أو قال لها: اختاري، فاختارَتْ نفسَها، أو اختَلَعَتْ منه، ثم مات وهي في العِدَّة: لم ترِثْه)؛ لأنها رضيتْ بإبطال حقِّها، والتأخيرُ[2] لحَقِّها.

قال: (وإن قالت: طلِّقْني للرجعة، فطلَّقَها ثلاثاً: وَرِثَتْه)؛ لأن الطلاقَ الرجعيَّ لا يُزيلُ النكاحَ، فلم تكن بسؤالها راضيةً ببطلان حَقِّها.

قال: (وإن قال لها في مرضِ موته: قد كنتُ طلَّقتُكِ ثلاثاً في صِحَّتي، وانقَضَتْ عِدَّتُكِ، فصدَّقَتْه، ثم أقرَّ لها بدَيْنٍ، أو أوصىٰ لها بوصيةٍ: فلها الأقلُّ من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يجوزُ إقرارُه، ووصيتُه.

---

(١) هذا جوابٌ عن قوله: ولهذا لا يرثها إذا ماتت.

(٢) أي تأخير عمل الطلاق في بطلان إرثها، أي انقضاء عدتها.

وإن طلَّقها ثلاثاً في مرضِه بأمرها، ثم أقرَّ لها بدينٍ، أو أوصىٰ لها بوصيةٍ: فلها الأقلُّ من ذلك ومن الميراثِ، في قولِهم جميعاً.

وإن طلَّقها ثلاثاً في مرضِه بأمرها، ثم أقرَّ لها بدينٍ، أو أوصىٰ لها بوصيةٍ: فلها الأقلُّ من ذلك ومن الميراثِ، في قولِهم جميعاً).

إلا علىٰ قولِ زفر رحمه الله، فإنَّ لها جميعَ ما أوصىٰ، وما أقرَّ به؛ لأن الميراثَ لَمَّا بطل بسؤالها: زال المانعُ من صحة الإقرار والوصية.

وجهُ قولِهما في المسألة الأُولىٰ[1]: أنهما لَمَّا تصادقا علىٰ الطلاق، وانقضاءِ العدة: صارت أجنبيةً عنه، حتىٰ جازَ له أن يتزوجَ أختَها[2]، فانعدمت التهمةُ، ألا ترىٰ أنه تُقبَلُ شهادتُه لها، ويجوزُ وَضْعُ الزكاةِ فيها.

بخلاف المسألة الثانية[3]؛ لأن العدةَ باقيةٌ، وهي سببُ التهمة، والحكمُ يُدارُ علىٰ دليلِ التهمة، ولهذا يُدارُ علىٰ النكاحِ والقرابة.

ولا عِدَّةَ في المسألةِ الأُولىٰ.

ولأبي حنيفة رحمه الله في المسألتَيْن: أن التهمةَ قائمةٌ؛ لأن المرأةَ قد تختارُ الطلاقَ لينفتحَ بابُ الاقرارِ والوصيةِ عليها، فيزيدَ حَقُّها، والزوجان قد يتواضعان علىٰ الإقرار بالفُرقة وانقضاء العدة؛ ليَبَرَّها الزوجُ بمالِه؛ زيادةً علىٰ ميراثِها، وهذه التهمةُ في الزيادة، فرددناها.

---

(١) أي فيما إذا قال لها في مرضه: قد كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي.

(٢) قوله: حتىٰ جاز له أن يتزوج أختها: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، وكذلك في نص البناية بطبعتَيْها: ملتان، وبيروت.

(٣) وهي ما إذا طلقها ثلاثاً في مرضها بأمرها.

ومَن كان مَحْصوراً، أو في صَفِّ القتال، فطَلَّقَ امرأتَه ثلاثاً، ثم قُتِل: لم تَرِثْه.

وإن كان قد بارَزَ رجلاً، أو قُدِّمَ ليُقتَلَ في قصاصٍ أو رَجْمٍ: وَرِثَتْ إن مات في ذلك الوَجْه أو قُتِل.

ولا تهمةَ في قَدْر الميراث، فصحَّحناه.

ولا مواضعةَ عادةً في حقِّ الزكاةِ، والتزوُّجِ، والشهادةِ، فلا تهمةَ في حقِّ هذه الأحكام.

قال[1]: (ومَن كان مَحْصوراً[2]، أو في صَفِّ القتال، فطَلَّقَ امرأتَه ثلاثاً، ثم قُتِل: لم تَرِثْه.

وإن كان قد بارَزَ رجلاً، أو قُدِّمَ ليُقتَلَ في قصاصٍ أو رَجْمٍ: وَرِثَتْ إن مات في ذلك الوَجْه أو قُتِل[3]).

وأصلُه: ما بيَّنَّا أنَّ امرأةَ الفارِّ تَرِثُ؛ استحساناً.

وإنما يثبتُ حكمُ الفِرَار بتعلُّقِ حَقِّها بمالِه، وإنما يتعلَّقُ حقُّها بماله بمرضٍ يُخافُ منه الهلاكُ غالباً، كما إذا كان صاحبَ فراشٍ، وهو أن يكونَ بحالٍ لا يقومُ بحوائجه كما يعتادُه الأصحَّاءُ.

وقد يثبت حكمُ الفِرَار: بما هو في معنىٰ المرض في توجُّه الهلاك الغالب.

---

(١) قال في البناية ٨٩/٧: وفي أكثر النسخ: أي قال محمدٌ في الجامع الصغير.

(٢) أي محبوساً في حصنٍ أو سجن أو نحو ذلك. قلت: وجاء في نسخة ٧٩٦هـ من بداية المبتدي: محصوراً في حِصنٍ.

(٣) يعني أو قُتل بسببٍ آخر، والحال أنها في العدة حين موته بأي سبب.

وإذا قال الرجلُ لامرأته وهو صحيحٌ: إذا جاء رأسُ الشهرِ، أو إذا دخلتِ الدارَ، أو إذا صلىٰ فلانٌ الظهرَ، أو إذا دَخَلَ فلانٌ الدارَ فأنتِ طالقٌ، فكانت هذه الأشياءُ والزوجُ مريضٌ: لم تَرِثْ.

وإن كان القولُ في المرض: وَرِثَتْ، إلا في قولِه: إذا دَخَلْتِ الدارَ.

وما يكون الغالبُ منه السلامةَ: لا يثبتُ به حكمُ الفِرَار.

فالمحصورُ، والذي في صَفِّ القتال: الغالبُ منه السلامةُ؛ لأن الحِصْنَ لدفع بأسِ العدوِّ، وكذا المَنَعَةُ، فلا يثبتُ به حكمُ الفِرار.

والذي بارزَ، أو قُدِّم ليُقتَل: الغالبُ منه الهلاكُ، فيتحقَّقُ به الفِرار.

ولهذا أخواتٌ، تُخرَّجُ علىٰ هذا الحَرْف[1].

وقولُه: إذا مات في ذلك الوجه، أو قُتِل: دليلٌ علىٰ أنه لا فَرْقَ بين ما إذا مات بذلك السبب، أو بسببٍ آخَرَ، كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قُتِل.

قال: (وإذا قال الرجلُ لامرأته وهو صحيحٌ: إذا جاء رأسُ الشهرِ، أو إذا دخلتِ الدارَ، أو إذا صلىٰ فلانٌ الظهرَ، أو إذا دَخَلَ فلانٌ الدارَ فأنتِ طالقٌ، فكانت هذه الأشياءُ والزوجُ مريضٌ: لم تَرِثْ.

وإن كان القولُ في المرض: وَرِثَتْ، إلا في قولِه: إذا دَخَلْتِ الدارَ).

---

(١) أي علىٰ هذا الأصل المذكور، وهو ثبوت حكم الفرار بما هو في معنىٰ المرض، في توجُّه الهلاك الغالب، وعدم ثبوته فيما كان الغالب منه السلامة. البناية ٧/٩١.

. . . .

وهذا[١] علىٰ أربعة وجوه:

إما أن يُعلِّقَ الطلاقَ بمجيءِ الوقتِ، أو بفعل الأجنبيِّ، أو بفعل نفسِه، أو بفعل المرأة.

وكلُّ وجهٍ: علىٰ وجهين:

إما أن يكونَ التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض، أو كلاهما في المرض.

أما الوجهان الأوَّلان، وهو ما إن كان التعليقُ بمجيءِ الوقت، بأن قال: إذا جاء رأسُ الشهر فأنتِ طالقٌ، أو بفعل الأجنبيِّ، بأن قال: إن دخل فلانٌ الدارَ، أو صلىٰ فلانٌ الظهرَ:

فإن كان التعليقُ والشرطُ في المرض: فلها الميراثُ؛ لأن القصدَ إلىٰ الفِرَار قد تحقَّقَ منه بمباشرة التعليقِ في حالِ تعلُّقِ حَقِّها بمالِه.

وإن كان التعليقُ بالصحة، والشرطُ في المرض: لم تَرِثْ.

وقال زفر رحمه الله: تَرِثُ؛ لأن المعلَّقَ بالشرط يَنْزِلُ عند وجود الشرطِ، كالمنجَّز، فكان إيقاعاً في المرض.

ولنا: أن التعليقَ السابقَ يصيرُ تطليقاً عند الشرط حُكْماً، لا قصداً، ولا ظُلْمَ إلا عن قصدٍ، فلا يُرَدُّ تصرُّفُه.

وأما الوجهُ الثالثُ: وهو ما إذا علَّقَه بفعلِ نفسِه، فسواءٌ كان التعليقُ

---

(١) أي هذا التعليق.

. . . .

في الصحة، والشرطُ في المرض، أو كانا في المرض، والفعلُ مما له[١] عنه بدٌّ، أو لا بدَّ له منه: يصيرُ فارّاً؛ لوجود قَصْدِ الإبطال، إما بالتعليق، أو بمباشرة الشرطِ في المرض.

وإن لم يكن له من فِعْلِ الشرط بدٌّ: فله من التعليقِ ألفُ بُدٍّ، فيُرَدُّ تصرُّفه؛ دفعاً للضرر عنها.

وأما الوجهُ الرابع: وهو ما إذا علَّقَه بفِعْلِها:

فإن كان التعليقُ والشرطُ في المرض، والفعلُ مما لها منه بُدٌّ، ككلام زيدٍ ونحوه: لم تَرِثْ؛ لأنها راضيةٌ بذلك.

وإن كان الفعلُ مما لا بُدَّ لها منه، كأكل الطعام، وصلاةِ الظهر، وكلامِ الأبوين: فلها الميراثُ؛ لأنها مضطرَّةٌ في المباشرة؛ لِمَا لها في الامتناعِ من خوف الهلاكِ في الدنيا، أو في العُقبىٰ، ولا رضا مع الاضطرار.

وأما إذا كان التعليقُ في الصحة، والشرطُ في المرض[٢]: فإن كانَ الفعلُ ممَّا لها منه بُدٌّ: فلا إشكالَ أنه لا ميراثَ لها.

وإن كان الفعلُ مما لا بُدَّ لها منه: فكذلك الجوابُ عند محمدٍ رحمه الله، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنه لم يوجد من الزوج صُنْعٌ بعد تعلُّقِ حقِّها بمالِه.

---

(١) أي للزوج.

(٢) قوله: والشرط في المرض: مثبتٌ في نسخة ٨٠٧هـ، وفي طبعات الهداية القديمة.

وإذا طلَّقها ثلاثاً، وهو مريضٌ، ثم صحَّ، ثم مات : لم تَرِثْ .

ولو طلَّقها ثلاثاً، فارتدَّتْ، والعياذُ بالله تعالىٰ، ثم أسلَمَتْ، ثم مات الزوجُ من مرضِه، وهي في العِدَّة : لم تَرِثْ .

وإن لم ترتدَّ، بل طاوَعَتِ ابنَ زوجِها في الجِماع : وَرِثَتْ .

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: تَرِثُ؛ لأن الزوجَ ألجأها إلىٰ المباشرة، فينتقلُ الفعلُ إليه، كأنها آلةٌ له، كما في الإكراه.

قال: (**وإذا طلَّقها ثلاثاً، وهو مريضٌ، ثم صحَّ، ثم مات: لم تَرِثْ**).

وقال زفر رحمه الله: تَرِثُ؛ لأنه قَصَدَ الفرارَ حين أوقَعَ[1] في المرض، وقد مات وهيَ في العِدَّة.

ولكنَّا نقول: المرضُ إذا تعقَّبه بُرْءٌ: فهو بمنزلة الصحة؛ لأنه ينعدِمُ به مرضُ الموت، فتبيَّن أنه لا حَقَّ لها يتعلَّقُ بمالِه، فلا يصيرُ الزوجُ فارّاً.

قال: (**ولو طلَّقها ثلاثاً، فارتدَّتْ، والعياذُ بالله تعالىٰ، ثم أسلَمَتْ، ثم مات الزوجُ من مرضِه، وهي في العِدَّة: لم تَرِثْ.**

وإن لم ترتدَّ، بل طاوَعَتِ ابنَ زوجِها[2] في الجِماع: وَرِثَتْ).

ووجهُ الفَرْق: أنها بالردَّة: أبطلتْ أهليةَ الإرث، إذِ المرتدُّ لا يَرِثُ أحداً، ولا بقاءَ له[3] بدون الأهلية.

---

(١) أي أَوْقَعَ الطلاق.

(٢) وفي نُسخ: ابن الزوج.

(٣) أي الإرث.

ومَن قَذَفَ امرأتَه وهو صحيحٌ، ولاعَنَ في المرض : وَرِثَتْ.

وقال محمدٌ رحمه الله : لا تَرِثُ.

وإن كان القذفُ واللعانُ في المرض : وَرِثَتْ، في قولِهم جميعاً.

وإن آلَىٰ من امرأته، وهو صحيحٌ، ثم بانتْ بالإيلاءِ، وهو مريضٌ : لم تَرِثْ، وإن كان الإيلاءُ أيضاً في المرض : وَرِثَتْ.

وبالمطاوَعة: ما أبطلتِ الأهليةَ؛ لأن المَحْرَمِيَّةَ لا تُنافي الإرثَ، وهو الباقي.

بخلاف ما إذا طاوَعتْ في حالِ قيامِ النكاح؛ لأنها تُثبتُ الفُرقةَ، فتكونُ راضيةً ببطلان السبب، وبعدَ الطَّلَقات الثلاثِ: لا تَثبتُ الحُرمةُ بالمطاوَعة؛ لتقدُّمها عليها، فافترقا.

قال: (ومَن قَذَفَ امرأتَه وهو صحيحٌ، ولاعَنَ في المرض: وَرِثَتْ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا تَرِثُ.

وإن كان القذفُ واللعانُ[1] في المرض: وَرِثَتْ، في قولِهم جميعاً).

وهذا مُلْحَقٌ بالتعليق بفعلٍ لا بدَّ لها منه، إذ هيَ مُلْجَأَةٌ إلىٰ الخصومة؛ لدفع عارِ الزنا عن نفسِها، وقد بيَّنَّا الوجهَ فيه.

قال: (وإن آلَىٰ من امرأته، وهو صحيحٌ، ثم بانتْ بالإيلاءِ، وهو مريضٌ: لم تَرِثْ، وإن كان الإيلاءُ أيضاً في المرض: وَرِثَتْ)؛ لأن الإيلاءَ

---

(١) لفظ: واللعان: مثبتٌ في نسخة ١٠٣٨هـ، وفي بداية المبتدي ص٢٦٣.

والطلاقُ الذي يَملِكُ فيه الرجعةَ : تَرِثُ به في جميع الوجوه .
وكلُّ ما ذَكَرْنا أنها تَرِثُ : إنما تَرِثُ إذا مات وهي في العِدَّة .

في معنىٰ تعليقِ الطلاقِ بمُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ خاليةٍ[1] عن الوِقاع، فيكونُ مُلْحَقاً بالتعليق بمجيء الوقف، وقد ذَكَرْنا وجهَه.

قال رضي الله عنه: (والطلاقُ الذي يَملِكُ فيه الرجعةَ: تَرِثُ به في جميع الوجوه)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه لا يُزيلُ النكاحَ، حتىٰ يَحِلُّ الوطءُ، فكان السببُ[2] قائماً.

قال: (وكلُّ ما ذَكَرْنا أنها تَرِثُ: إنما تَرِثُ إذا مات وهي في العِدَّة)، وقد بيَّنَّاه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: خالٍ. قلت: أي الإيلاء.

(٢) أي سبب الإرث.

باب الرَّجْعة

وإذا طَلَّق الرجلُ امرأتَه تطليقةً رجعيةً، أو تطليقتَيْن: فله أن يُراجِعَها في عِدَّتها، رضِيَتْ بذلك، أو لم تَرْضَ.

والرَّجْعةُ: أن يقولَ: راجعتُك، أو راجعتُ امرأتي، أو يطأها، أو يُقَبِّلَها، أو يَلْمِسَها بشهوةٍ، أو ينظرَ إلىٰ فَرْجِها بشهوةٍ.

باب الرَّجْعة

قال: (وإذا طَلَّق الرجلُ امرأتَه تطليقةً رجعيةً، أو تطليقتَيْن[١]: فله أن يُراجِعَها في عِدَّتها، رضِيَتْ بذلك، أو لم تَرْضَ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾. البقرة/٢٣١، مطلقاً من غير فَصْلٍ.

ولا بدَّ من قيامِ العِدَّة؛ لأن الرجعةَ استدامةُ الملكِ، ألا ترىٰ أنه سُمِّيَ إمساكاً، وهو الإبقاءُ، وإنما تتحقَّقُ الاستدامةُ في العِدَّة؛ لأنه لا مِلْكَ بعد انقضائها.

قال: (والرَّجْعةُ: أن يقولَ: راجعتُك، أو راجعتُ امرأتي).

وهذا صريحٌ في الرجعة، ولا خلافَ فيه بين الأُمَّة[٢].

قال: (أو يطأها، أو يُقَبِّلَها، أو يَلْمِسَها بشهوةٍ، أو ينظرَ إلىٰ فَرْجِها[٣] بشهوةٍ)، فإذا فَعَلَ ذلك: صحَّتِ الرجعةُ، وهذا عندنا.

---

(١) جاء في بداية المبتدي ص٢٦٤: أو تطليقتين رجعيَّتين.

(٢) وفي نُسخ: الأئمة. قلت: أراد أن الرجعة بالقول تصح بالإجماع. البناية ٧/١٠١.

(٣) أي الداخلي.

ويُستحبُّ أن يُشهِدَ علىٰ الرجعة شاهدَيْن، فإن لم يُشهِدْ: صحَّتِ الرجعةُ.

وقال الشافعي[(١)] رحمه الله: لا تصحُّ الرجعةُ إلا بالقول مع القدرة عليه[(٢)]؛ لأن الرجعةَ بمنزلة ابتداءِ النكاح، حتىٰ يَحرُمُ وطؤها عنده.

وعندنا: هي[(٣)] استدامةُ النكاح، علىٰ ما بيَّنَّاه، وسنقرِّره من بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

والفعلُ قد يقعُ دلالةً علىٰ الاستدامة، كما في إسقاط الخيار، والدلالةُ فعلٌ يختصُّ بالنكاح، وهذه الأفاعيلُ تختصُّ به، خصوصاً في حَقِّ الحُرَّة.

بخلاف المَسِّ والنظر بغير شهوةٍ؛ لأنه قد يَحِلُّ بدون النكاح، كما في القابلة، والطبيبِ، وغيرِهما.

والنظرُ إلىٰ غيرِ الفَرْجِ: قد يقعُ بين المُساكِنيْن، والزوجُ قد يُساكِنُها في العِدَّةِ، فلو كان رجعةً: لطَلَّقَها، فتطولُ العِدَّةُ عليها.

قال: (ويُستحبُّ أن يُشهِدَ علىٰ الرجعة شاهدَيْن، فإن لم يُشهِدْ: صحَّتِ الرجعةُ).

وقال الشافعي رحمه الله في أحد قولَيْه[(٤)]: لا تصحُّ، وهو قولُ مالكٍ[(٥)]

---

(١) الحاوي الكبير ١٠/٣١٠.

(٢) أي علىٰ القول بأن لم يكن أخرس. البناية ٧/١٠٢.

(٣) أي الرجعة. وفي نُسخ: هو. قلت: أي الرجوع.

(٤) في القديم، وأما في الجديد: فلا يُشترط الإشهاد. مغني المحتاج ٣/٣٣٦.

(٥) المشهور عنه: أنه يُندب الإشهاد علىٰ الرجعة. الشرح الكبير علىٰ متن خليل ٢/٤٢٤.

ويُستحبُّ أن يُعلِمَها.

وإذا انقضتِ العِدَّةُ، فقال: كنتُ راجعتُها في العِدَّة، فصدَّقَتْه: فهي رجعةٌ، وإن كذَّبَتْه: فالقولُ قولُها.

رحمه الله؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾. الطلاق/٢، والأمرُ للإيجاب.

ولنا: أنَّ إطلاقَ النصوصِ[١] عَرِيٌّ عن قَيْدِ الإشهاد.

ولأنها[٢] استدامةٌ للنكاح، والشهادةُ ليست شرطاً فيه في حالةِ البقاء، كما في الفيءِ في الإيلاء، إلا أنها تُستَحَبُّ؛ لزيادة الاحتياط؛ كي لا يجريَ التناكرُ فيها.

وما تلاه: محمولٌ عليه، ألا ترىٰ أنه قَرَنَها بالمفارقة.

وهو[٣] فيها مستحبٌّ.

(ويُستحبُّ أن يُعلِمَها)؛ كي لا تقعَ في المعصية[٤].

قال: (وإذا انقضتِ العِدَّةُ، فقال: كنتُ راجعتُها في العِدَّة، فصدَّقَتْه: فهي رجعةٌ، وإن كذَّبَتْه: فالقولُ قولُها)؛ لأنه أخبر عمَّا لا يَملِكُ إنشاءَه في الحال، فكان متَّهماً، إلا أنَّ بالتصديق ترتفعُ التهمةُ.

---

(١) كقوله تعالىٰ: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾. البقرة/٢٢٨، وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾. البقرة/٢٢٩. ينظر البناية ٧/١٠٥.

(٢) أي الرجعة. وفي نُسخ: لأنه. أي الرجوع.

(٣) أي الإشهاد في الرجعة مستحبٌّ.

(٤) لأنها إذا لم تعلم بالرجعة: فربما تتزوج بعد العدة فتقع في المحظور.

ولا يمينَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإذا قال الزوجُ: قد راجعتُك، فقالت مُجيبةً له: قد انقَضَتْ عِدَّتي: لم تصحَّ الرجعةُ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تصحُّ الرجعةُ.

(ولا يمينَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهي مسألةُ الاستحلافِ في الأشياء الستة[1]، وقد مَرَّ في كتاب النكاح.

قال: (وإذا قال الزوجُ: قد راجعتُك، فقالت مُجيبةً له: قد انقَضَتْ عِدَّتي: لم تصحَّ الرجعةُ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تصحُّ الرجعةُ)؛ لأنها صادفَتِ العِدَّةَ، إذ هي باقيةٌ ظاهراً إلىٰ أن تُخبِرَ، وقد سبقَتْه الرجعةُ[2].

ولهذا لو قال لها: طلَّقتُك، فقالت مجيبةً له: قد انقَضَتْ عِدَّتي: يقعُ الطلاقُ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنها صادفت حالةَ الانقضاء؛ لأنها أمينةٌ في الإخبار عن الانقضاء، فإذا أخبرتْ: دَلَّ ذلك علىٰ سَبْقِ الانقضاء، وأقربُ أحوالِه حالُ[3] قولِ الزوج[4].

---

(١) وهي: النكاح، والرجعة، والفيء في الإيلاء، والاستيلاد، والرِّق، والولاء.

(٢) أي وقد سبقت الرجعةُ إخبارَها بانقضاء العدة، فصحَّت الرجعة، وسقطت العدة. البناية ١٠٧/٧.

(٣) وفي نُسخ: حالَ. بالنصب، أي زمان قول الزوج.

(٤) أي أقرب أحوال الانقضاء: حال قول الزوج: قد راجعتُك.

وإذا قال زوجُ الأَمَةِ بعد انقضاءِ عِدَّتِها : قد كنتُ راجعتُها في العِدَّة، وصَدَّقَه المولىٰ، وكذَّبَتْه الأمةُ : فالقولُ قولُها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : القولُ قولُ المولىٰ.

ومسألةُ الطلاق: علىٰ الخلاف[1]، ولو كانت علىٰ الاتفاق: فالطلاقُ يقعُ بإقراره بعد الانقضاء، والمراجعةُ لا تَثبتُ به.

قال: (وإذا قال زوجُ الأَمَةِ بعد انقضاء عِدَّتِها: قد كنتُ راجعتُها في العدة، وصَدَّقَه المولىٰ، وكذَّبَتْه الأمةُ: فالقولُ قولُها[2] عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: القولُ قولُ المولىٰ)؛ لأنَّ بُضْعَها مملوكٌ له، فقد أقرَّ بما هو خالِصُ حَقِّه للزوج، فشابَهَ الإقرارَ عليها بالنكاح.

وهو يقولُ: إن حكمَ الرجعةِ يُبْتَنىٰ علىٰ العدة، والقولُ في العدة قولُها، فكذا فيما يُبْتَنىٰ عليها.

ولو كان علىٰ القلب: فعندهما: القولُ قولُ المولىٰ، وكذا عنده، في الصحيح؛ لأنها مُنقَضِيةُ العدةِ في الحال، وقد ظَهَرَ ملكُ المتعةِ للمولىٰ، فلا يُقبَلُ قولُها في إبطاله.

بخلاف الوجهِ الأول: لأن المولىٰ بالتصديق في الرجعة مُقِرٌّ بقيام العِدَّة عندها[3]، ولا يَظهرُ ملكُه مع العدة.

---

(١) هذا جوابٌ عن استدلالهما بأنه لو قال لها: طلَّقتُك، فقالت مجيبةً:...، وأنه لا اتفاق في هذه المسألة.

(٢) إذا لم تكن له بينةٌ.

(٣) أي عند الرجعة.

وإن قالت الأمةُ: قد انقضتْ عدتي، وقال الزوجُ والمولىٰ: لم تَنْقَضِ: فالقولُ قولُها.

وإذا انقطع الدمُ من الحيضة الثالثة لعشرةِ أيامٍ: انقطعتِ الرجعة وإن لم تغتسل.

وإن انقطع لأقلَّ من عشرة أيامٍ: لم تنقطعِ حتىٰ تغتسلَ، أو يمضيَ عليها وقتُ صلاةٍ كاملٍ.

قال: (وإن قالت الأمةُ: قد انقضتْ عدتي، وقال الزوجُ والمولىٰ: لم تَنْقَضِ: فالقولُ قولُها)؛ لأنها أمينةٌ في ذلك، إذ هي العالِمةُ به[1].

قال: (وإذا انقطع الدمُ من الحيضة الثالثة لعشرةِ أيامٍ: انقطعتِ الرجعة وإن لم تغتسل.

وإن انقطع لأقلَّ من عشرة أيامٍ: لم تنقطعِ حتىٰ تغتسلَ، أو يمضيَ عليها وقتُ صلاةٍ كاملٍ)؛ لأن الحيضَ لا مزيدَ له علىٰ العشرة، فبمجرد الانقطاع: خَرَجَتْ من الحيض، فانقضتِ العدةُ، وانقطعت الرجعةُ.

وفيما دون العشرة: يَحتملُ عَوْدُ الدم، فلا بدَّ من أن يَعتضِدَ الانقطاعُ بحقيقة الاغتسال، أو بلزوم حُكْمٍ من أحكام الطاهرات، بمُضِيِّ وقتِ الصلاة.

بخلاف ما إذا كانت كتابيَّةً؛ لأنه لا يُتوقَّعُ في حَقِّها أمارةٌ زائدةٌ، فاكتُفِيَ بالانقطاع.

---

(١) أي الانقضاء.

وتنقطعُ إذا تيمَّمتْ، وصلَّتْ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: إذا تيمَّمتْ: انقطعَتْ الرجعةُ وإن لم تُصلِّ.

وإذا اغتَسَلَتْ، ونَسِيَتْ شيئاً من بدنها لم يُصِبْه الماءُ: فإن كان عضواً، فما فوقَه: لم تَنقطعِ الرجعةُ، وإن كان أقلَّ من عضوٍ: انقطعت.

قال: (وتنقطعُ إذا تيمَّمتْ، وصلَّتْ[١] عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)، وهذا استحسانٌ.

(وقال محمدٌ رحمه الله: إذا تيمَّمتْ: انقطعَتْ الرجعةُ وإن لم تُصلِّ)، وهذا قياسٌ؛ لأن التيممَ حالَ عدم الماء: طهارةٌ مطلَقةٌ، حتىٰ يثبتُ به من الأحكامِ ما يثبتُ بالاغتسال، فكان[٢] بمنزلته.

ولهما: أنه مُلوِّثٌ غيرُ مُطهِّرٍ، وإنما اعتُبر طهارةً ضرورةَ أنْ لا تتضاعفَ الواجبات، وهذه الضرورةُ تتحقَّقُ حالَ أداء الصلاة، لا فيما قبلَها من الأوقات، والأحكامُ الثابتةُ أيضاً ضروريةٌ اقتضائيةٌ[٣].

ثم قيل: تنقطعُ بنفس الشروع عندهما.

وقيل: بعد الفراغ من الصلاة؛ ليتقرَّر حُكمُ جوازِ الصلاة.

قال: (وإذا اغتَسَلَتْ، ونَسِيَتْ شيئاً من بدنها لم يُصِبْه الماءُ: فإن كان عضواً، فما فوقَه: لم تَنقطعِ الرجعةُ، وإن كان أقلَّ من عضوٍ: انقطعت).

---

(١) مكتوبةً أو تطوعاً. البناية ١١٠/٧.

(٢) أي التيمم.

(٣) هذا جوابٌ عن حرف محمدٍ رحمه الله، يعني أن الأحكام التي ذَكَرَها محمدٌ رحمه الله أيضاً ضروريةٌ، تثبت اقتضاءً. البناية ١١١/٧.

ومَن طلَّق امرأتَه وهي حامِلٌ، أو وَلَدَتْ منه، وقال: لم أجامِعْها: فله الرجعةُ.

قال رضي الله عنه: وهذا استحسانٌ، والقياسُ في العضو الكامل: أن لا تبقىٰ الرجعةُ؛ لأنها غَسَلَتِ الأكثرَ.

والقياسُ فيما دون العضو: أن يَبقىٰ حقُّ الرجعة؛ لأن حُكمَ الجنابَةِ والحيضِ لا يتجزَّأ.

ووجهُ الاستحسان، وهو الفرقُ: أن ما دونَ العضوِ يتسارعُ إليه الجَفَافُ لقِلَّته، فلا يُتيقَّنُ بعدم وصولِ الماءِ إليه، فقلنا بأنه تنقطعُ الرجعةُ، ولا يَحِلُّ لها التزوُّجُ؛ أخذاً بالاحتياط فيهما.

بخلاف العضوِ الكامل؛ لأنه لا يَتسارعُ إليه الجفافُ، ولا يُغفَلُ عنه عادةً، فافترقا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن تَرْكَ المضمضةِ و[1]الاستنشاقِ: كترك عضوٍ كاملٍ.

وعنه، وهو قولُ محمدٍ رحمهما الله: هو بمنزلة ما دون العضو؛ لأن في فرضيته اختلافاً، بخلاف غيرِه من الأعضاء.

قال: (ومَن طلَّق امرأتَه وهي حامِلٌ، أو وَلَدَتْ منه، وقال: لم أجامِعْها: فله الرجعةُ)؛ لأن الحَبَلَ متىٰ ظَهَرَ في مدةٍ يُتصوَّرُ أن يكونَ منه:

---

(١) الواو: بمعنىٰ: أو، إذ تَرْكُ كلٍّ بانفراده: كترك عضو. حاشية سعدي علىٰ الهداية، وينظر البناية ١١٣/٧.

فإن خلا بها، وأغلق باباً، أو أَرْخىٰ سِتْراً، وقال لم أجامِعْها، ثم طلَّقها: لم يَملكِ الرجعةَ.

جُعِل منه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولدُ للفراش»[١]، وذلك[٢] دليلُ الوطء منه.

وكذا إذا ثَبَتَ نسبُ الولدِ منه: جُعِل واطئاً، وإذا ثَبَتَ الوطءُ: تأكَّد الملكُ.

والطلاقُ في ملكٍ متأكِّدٍ: يُعْقِبُ الرجعةَ، وبَطَلَ زعمُه بتكذيب الشرع، ألا ترىٰ أنه يَثبتُ بهذا الوطءِ الإحصانُ، فلأنْ تثبتَ به الرجعةُ أَوْلىٰ.

وتأويلُ مسألةِ الولادة[٣]: أن تَلِدَ قبلَ الطلاق؛ لأنها لو ولدت بعده: تنقضي العدةُ بالولادة، فلا تُتصوَّرُ الرجعةُ.

قال: (فإن خلا بها، وأغلق باباً، أو أَرْخىٰ سِتْراً، وقال لم أجامِعْها، ثم طلَّقها: لم يَملكِ الرجعةَ)؛ لأن تأكُّدَ الملكِ: بالوطء، وقد أقرَّ بعدمه، فيُصدَّقُ في حَقِّ نفسِه، والرجعةُ حَقُّه، ولم يَصِرْ مُكذَّباً شرعاً.

بخلاف المهر[٤]؛ لأنَّ تأكُّدَ المهرِ المسمَّىٰ: يُبْتَنىٰ علىٰ تسليم المبدَل، لا علىٰ القبض، بخلاف الفصل الأول[٥].

---

(١) صحيح البخاري (٦٨١٨)، صحيح مسلم (١٤٥٨).

(٢) أي الحبَل.

(٣) وصورتها في الجامع الصغير: عن أبي حنيفة في رجلٌ تزوج امرأةً، ثم طلقها وهي حامل، فقال: لم أجامعها: قال له: عليها الرجعة. البناية ١١٥/٧.

(٤) قوله: بخلاف المهر: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٥) أي ثبوت النسب، فبظهور الحمل حالةَ الطلاق: صار مكذَّباً شرعاً في قوله:=

فإن راجَعَهَا، ثم جاءت بولدٍ لأقلَّ من سنتَيْن بيومٍ : صحَّتْ تلك الرجعةُ.

وإن قال لها : إذا وَلَدْتِ فأنتِ طالقٌ، فوَلَدَتْ، ثم أَتَتْ بولدٍ آخَرَ : فهي رجعةٌ.

وإن قال : كلَّما وَلَدْتِ ولداً فأنتِ طالقٌ، فوَلَدَتْ ثلاثةَ أولادٍ في بطونٍ مختلفةٍ : فالولدُ الثاني رجعةٌ، وكذلك الثالثُ.

قال: (فإن راجَعَهَا[1])، معناه: بعد ما خلا بها، وقال: لم أجامِعْها، (ثم جاءت بولدٍ لأقلَّ من سنتَيْن بيومٍ: صحَّتْ **تلك** الرجعةُ)؛ لأنه ثَبَتَ النسبُ منه، إذ هي لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، والولدُ يَبقىٰ في البطنِ هذه المدة، فأُنزِلَ واطئاً قبلَ الطلاق، دونَ ما بعده؛ لأنه علىٰ اعتبار الثاني: يزولُ الملكُ بنفس الطلاق؛ لعدم الوطءِ قبلَه، فيَحرمُ الوطءُ، والمُسلِمُ لا يفعلُ الحرامَ.

قال: (وإن قال لها: إذا وَلَدْتِ فأنتِ طالقٌ، فوَلَدَتْ، ثم أَتَتْ بولدٍ آخَرَ: فهي رجعةٌ)، معناه: من بطنٍ آخَرَ، وهو أن يكونَ بعد ستةِ أشهرٍ وإن كان أكثرَ من سنتين إذا لم تُقِرَّ بانقضاء العدة؛ لأنه وَقَعَ الطلاقُ عليها بالولد الأول، ووجبتِ العدةُ، فيكونُ الولدُ الثاني من عُلُوقٍ حادِثٍ منه في العدة؛ لأنها لم تُقِرَّ بانقضاء العدة، فيصيرُ مراجِعاً.

قال: (وإن قال: كلَّما وَلَدْتِ ولداً فأنتِ طالقٌ، فوَلَدَتْ ثلاثةَ أولادٍ في بطونٍ مختلفةٍ: فالولدُ الثاني رجعةٌ، وكذلك الثالثُ)؛ لأنها إذا جاءت

لم أجامعها، حيث جعله الشارع واطئاً حكماً؛ لأن الرجعة تُبتنىٰ علىٰ الدخول، وقد ثبت النسبُ، فتثبتُ الرجعة. البناية ١١٦/٧.

(١) أي والمسألة بحالها. حاشية نسخة ٦٤٤هـ.

والمطلَّقةُ الرجعيةُ تتشوَّفُ، وتتزيَّنُ، ويُستحبُّ لزوجِها أن لا يَدخلَ عليها حتىٰ يُؤذِنَها، أو يُسمِعَها خَفْقَ نعلَيْه.

بالولد الأول: وقع الطلاقُ، وصارت معتدةً.

وبالثاني: صارَ مراجِعاً؛ لِمَا بيَّنَّا أنه يُجعَلُ العلوقُ بوطءٍ حادِثٍ في العدة.

ويقع الطلاقُ الثاني بولادة الولدِ الثاني؛ لأن اليمينَ معقودةٌ بكلمة: كلَّما، ووجبتِ العدةُ.

وبالولد الثالثِ: صار مراجِعاً؛ لِمَا ذكرنا.

وتقعُ الطلقةُ الثالثةُ بولادة الثالث.

ووجبتِ العدةُ بالأقراء؛ لأنها حائلٌ من ذواتِ الحَيْض حين وَقَعَ الطلاق.

قال: (والمطلَّقةُ الرجعيةُ تتشوَّفُ[١]، وتتزيَّنُ)؛ لأنها حلالٌ للزوج، إذِ النكاحُ قائمٌ بينهما، ثم الرجعةُ مستحبَّةٌ، والتزيُّنُ حامِلٌ له عليها، فيكونُ مشروعاً.

قال: (ويُستحبُّ لزوجِها أن لا يَدخلَ عليها حتىٰ يُؤذِنَها، أو يُسمِعَها خَفْقَ نعلَيْه).

معناه: إذا لم يكنْ من قَصْدِه المراجعةُ؛ لأنها ربما تكونُ متجرِّدةً، فيقعُ بصرُه علىٰ موضعٍ يصيرُ به مراجِعاً[٢]، ثم يُطلِّقُها، فتطولُ عليها العدةُ.

---

(١) التشوُّف: خاصٌّ بتزيين الوجه، والتزيُّن: عامٌّ. البناية ١١٨/٧.

(٢) وهو الفرج الداخلي.

وليس له أن يسافرَ بها حتىٰ يُشهِدَ علىٰ رَجْعتِها.

قال: (وليس له أن يسافرَ بها حتىٰ يُشهِدَ علىٰ رَجْعتِها).

وقال زفر رحمه الله: له ذلك؛ لقيامِ النكاح، ولهذا كان له أن يغشاها[١] عندنا[٢].

ولنا: قولُه تعالىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾. الآية. الطلاق/١.

نهيٌ عن إخراجها في العدة.

ولأن تراخيَ عَمَلِ المبطِلِ[٣]: لحاجته[٤] إلىٰ المراجعة، فإذا لم يراجِعْها حتىٰ انقضتِ العدةُ[٥]: ظَهَرَ أنه لا حاجةَ له[٦]، فتبيَّنَ أن المُبْطِلَ عَمِلَ عملَه من وقتِ وجودِه.

ولهذا تُحتسبُ الأقراءُ من العدة، فلم يَملكِ الزوجُ الإخراجَ إلا أن يُشهِدَ علىٰ رجعتها، فتَبطلُ العدةُ، ويَتقرَّرُ ملكُ الزوج.

وقولُه: حتىٰ يُشهِدَ علىٰ رجعتها: معناه: الاستحبابُ، علىٰ ما قدَّمناه.

---

(١) وفي نُسخ: يطأها.

(٢) أي عند أئمة الحنفية كلهم، فيحتجُّ زفرُ رحمه بما اتفقوا عليه من جواز وطئه لها، فمن باب أَوْلىٰ جواز سفره بها بدون إشهاد.

(٣) وهو الطلاق.

(٤) أي لحاجة الزوج إلىٰ المراجعة.

(٥) وفي نُسخ: المدة.

(٦) أي إلىٰ الرجعة.

والطلاقُ الرجعيُّ لا يُحرِّمُ الوطءَ.

قال: (والطلاقُ الرجعيُّ لا يُحرِّمُ الوطءَ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يُحرِّمُه؛ لأن الزوجيةَ زائلةٌ؛ لوجود القاطع، وهو الطلاقُ.

ولنا: أنها قائمةٌ، حتىٰ يَملكُ مراجعتَها من غير رضاها؛ لأن حقَّ الرجعة ثبت نظراً للزوج؛ ليُمكِنَه التداركُ عند اعتراضِ النَّدَم.

وهذا المعنىٰ يوجِبُ استبدادَه به، وذلك يُؤذِنُ بكونه استدامةً، لا إنشاءً، إذِ الدليلُ يُنافيه.

والقاطعُ[2] أُخِّرَ عملُه إلىٰ مدةٍ[3]، إجماعاً، أو نظراً له، علىٰ ما تقدَّم، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) الحاوي الكبير ١١/٣٤.

(٢) هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله، أن الزوجية زائلةٌ لوجود القاطع، تقريره: أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية بأن أُخِّر عملُه إلىٰ انقضاء العدة، إجماعاً. البناية ١٢٢/٧.

(٣) أي مدة العدة.

فصلٌ

فيما تَحِلُّ به المطلَّقة

وإذا كان الطلاقُ بائناً دونَ الثلاث : فله أن يتزوَّجها في العِدَّة، وبعدَ انقضائها .

وإن كان الطلاقُ ثلاثاً في الحرة، أو ثِنْتَيْن في الأمة : لم تَحِلَّ له حتىٰ تنكِحَ زوجاً غيرَه نكاحاً صحيحاً، ويَدخلَ بها، ثم يطلِّقَها، أو يموتَ عنها .

فصلٌ

فيما تَحِلُّ به المطلَّقة

قال: (وإذا كان الطلاقُ بائناً دونَ الثلاث: فله أن يتزوَّجها[١] في العِدَّة، وبعدَ انقضائها)؛ لأن حِلَّ المَحَلِّية باقٍ؛ لأن زوالَه معلَّقٌ بالطَّلْقة الثالثة، فينعدِمُ قبلَها[٢].

ومَنْعُ الغيرِ في العِدَّة: لاشتباه النسب، ولا اشتباهَ في إطلاقِه[٣].

قال: (وإن كان الطلاقُ ثلاثاً في الحرة، أو ثِنْتَيْن في الأمة: لم تَحِلَّ له حتىٰ تنكِحَ زوجاً غيرَه نكاحاً صحيحاً، ويَدخلَ بها، ثم يطلِّقَها، أو يموتَ عنها).

---

(١) أي بعقدٍ جديدٍ.

(٢) وفي نُسخ: قبله. بالتذكير.

(٣) أي لا اشتباه في تجويز الشارع نكاحَ معتدته، إنما الاشتباه عند اختلاف المياه.

. . . .

والأصلُ فيه: قوله تعالىٰ: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾. البقرة/٢٣٠، والمراد منه: الطَّلْقةُ الثالثة.

والثنتان في حَقِّ الأمة: كالثلاث في حَقِّ الحرة؛ لأنَّ الرِّقَّ مُنصِّفٌ لحِلِّ المحلِّية، علىٰ ما عُرف.

ثم الغايةُ نكاحُ الزوجِ مطلَقاً، والزوجيةُ المطلَقةُ إنما تثبتُ بنكاحٍ صحيحٍ.

وشَرْطُ الدخول: ثَبَتَ بإشارة النص[١]، وهو أن يُحمَلَ النكاحُ علىٰ الوطء؛ حملاً للكلام علىٰ الإفادة، دونَ الإعادة، إذِ العقدُ استُفيدَ بإطلاق اسم الزوج[٢].

أو يُزادُ علىٰ النص[٣] بالحديث المشهور[٤]، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا تَحِلُّ للأول حتىٰ تذوقَ عُسَيْلَةَ الآخَرِ»[٥]، رُوي برواياتٍ[٦].

---

(١) وهي دلالة اللفظ علىٰ حكمٍ لم يُقصَدْ من النص أصالةً ولا تَبَعاً، ولكنه لازم للمعنىٰ الذي ورد الكلامُ لإفادته، فهو مدلولٌ بطريق الالتزام.

(٢) أي في قوله تعالىٰ: ﴿ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾. البقرة/٢٣٠.

(٣) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾.

(٤) وقد عُرف جواز الزيادة علىٰ النص بالحديث المشهور في كُتب أصول الفقه.

(٥) صحيح البخاري (٥٢٦٠)، صحيح مسلم (١٤٣٣)، وتنظر رواياته الكثيرة في تخريج أحاديث أصول البزدوي، للعلامة قاسم بن قطلوبغا، ص ١١٣ (بتحقيقي).

(٦) أي مختلفة.

والصبيُّ المراهِقُ في التحليل: كالبالِغ.

وفي «الجامع الصغير»، وقال: غلامٌ لم يبلُغْ ـ ومثلُه يُجامِعُ ـ: جامَعَ امرأتَه: وَجَبَ عليها الغُسلُ، وأحَلَّها للزوجِ الأول.

ولا خلافَ لأحدٍ فيه[1]، سوىٰ سعيدِ بنِ المسيَّب رحمه الله[2].

وقولُه غيرُ معتبرٍ[3]، حتىٰ لو قضىٰ به القاضي: لا يَنفُذُ.

والشرطُ: الإيلاجُ، دون الإنزال؛ لأنه كمالٌ ومبالغةٌ فيه، والكمالُ قيدٌ زائدٌ.

قال: (والصبيُّ المراهِقُ في التحليل: كالبالِغ)؛ لوجود الدخولِ في نكاحٍ صحيحٍ، وهو[4] الشرطُ بالنص.

ومالكٌ رحمه الله يخالفُنا فيه[5]، والحُجَّةُ عليه ما بيَّنَّاه.

(و) فسَّره[6] (في «الجامع الصغير[7]»، وقال: غلامٌ لم يبلُغْ، ومثلُه يُجامِعُ: جامَعَ امرأتَه: وَجَبَ عليها الغُسلُ، وأحَلَّها للزوجِ الأول).

---

(١) أي في شرط الدخول، فإن الدخول عنده ليس بشرط.

(٢) سنن سعيد بن منصور (١٩٨٩)، وينظر الدراية ٢/٧٣، وسعيد بن المسيب هو سيد التابعين، المتوفىٰ سنة ٩٤هـ.

(٣) لمخالفته الإجماعَ، وقيل: رجع عن قوله. البناية ٧/١٢٧.

(٤) أي الدخول.

(٥) أي في المراهق، فيشترط عنده البلوغ. شرح خليل للخرشي ٣/٢١٥.

(٦) أي فسَّر الصبيَّ المراهق.

(٧) ص١٠٢.

ووطءُ المولىٰ أمتَه : لا يُحِلُّها.

وإذا تزوَّجها بشرط التحليل : فالنكاحُ مكروهٌ.

فإن طلَّقها بعد ما وطئها : حَلَّتْ للأول، وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه يَفسُدُ النكاحُ، ولا يُحِلُّها علىٰ الأول.

ومعنىٰ هذا الكلام: أن تتحرَّكَ آلتُه، ويشتهي.

وإنما وَجَبَ الغُسلُ عليها: لالتقاءِ الخِتانَيْن، وهو سببٌ لنزول مائها، والحاجةُ إلىٰ الإيجاب في حقها.

أما لا غُسلَ علىٰ الصبي[1] وإن كان يُؤمَر به؛ تخلُّقاً[2].

قال: (ووطءُ المولىٰ أمتَه: لا يُحِلُّها)؛ لأن الغايةَ نكاحُ الزوج.

قال: (وإذا تزوَّجها بشرط التحليل: فالنكاحُ مكروهٌ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ، والمحلَّلَ له»[3]، وهذا هو مَحمَلُه.

قال: (فإن طلَّقها بعد ما وطئها: حَلَّتْ للأول)؛ لوجود الدخولِ في نكاحٍ صحيحٍ، إذِ النكاحُ لا يبطلُ بالشرط.

(وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يَفسُدُ النكاحُ)؛ لأنه في معنىٰ المؤقَّت فيه، (ولا يُحِلُّها علىٰ الأول)؛ لفساده.

---

(١) لعدم الخطاب. البناية ١٢٩/٧.

(٢) أي من حيث التخلُّق؛ ليتعوَّد ويصير له سجيةً قبل بلوغه، حتىٰ لا يشق عليه عند بلوغه.

(٣) سنن الترمذي (١١١٩)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٢٠٧٦)، سنن ابن ماجه (١٩٣٥).

وعن محمد رحمه الله : أنه يَصِحُّ النكاحُ.

ولا يُحِلُّها علىٰ الأول.

وإذا طلَّق الحُرَّةَ تطليقةً أو تطليقتَيْن، وانقَضَتْ عدتُها، وتزوجت بزوجٍ آخرَ، ثم عادت إلىٰ الزوجِ الأول : عادتْ بثلاث تطليقاتٍ.

ويَهدِمُ الزوجُ الثاني الطلقةَ والطلقتَيْن، كما يَهدِمُ الثلاثَ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله : لا يَهدِمُ ما دونَ الثلاث

(وعن محمد رحمه الله: أنه يَصِحُّ النكاحُ)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(ولا يُحِلُّها علىٰ الأول)؛ لأنه استعجل ما أخَّره الشرعُ، فيُجازَىٰ بمَنْع مقصودِه، كما في قَتْل المورِّث.

[مسألة الهَدْم :]

قال: (وإذا طلَّق الحُرَّةَ تطليقةً أو تطليقتَيْن، وانقَضَتْ عدتُها، وتزوجت بزوجٍ آخَرَ، ثم عادت إلىٰ الزوجِ الأول: عادتْ بثلاث تطليقاتٍ.

ويَهدِمُ الزوجُ الثاني الطلقةَ والطلقتَيْن، كما يَهدِمُ الثلاثَ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يَهدِمُ ما دونَ الثلاث)؛ لأنه غايةٌ للحُرْمة بالنص، فيكون مُنْهِياً، ولا إنهاءَ للحُرْمة قبلَ الثبوت.

ولهما: قولُه عليه الصلاة والسلام: «لعن اللهُ المحلِّلَ، والمحلَّلَ له»[1]، سمَّاه محلِّلاً، وهو المُثبِتُ للحِلِّ.

---

(١) تقدم قبل قليل.

وإذا طلَّقها ثلاثاً، فقالت: قد انقَضَتْ عِدَّتي، وتزوَّجْتُ بزوجٍ آخَرَ، ودَخَلَ بيَ الزوجُ الثاني، وطلَّقني، وانقَضَتْ عِدَّتي، والمدةُ تحتملُ ذلك: جاز للزوج أن يُصَدِّقَها إذا كان في غالب ظنِّه أنها صادقةٌ.

قال: (وإذا طلَّقها ثلاثاً، فقالت: قد انقَضَتْ عِدَّتي، وتزوَّجْتُ بزوجٍ آخَرَ، ودَخَلَ بيَ الزوجُ الثاني، وطلَّقني، وانقَضَتْ عِدَّتي، والمدةُ تحتملُ ذلك: جاز للزوج أن يُصَدِّقَها إذا كان في غالب ظنِّه أنها صادقةٌ).

لأنه[1] معامَلَةٌ، أو أمرٌ ديني؛ لتعلُّق الحِلِّ به، وقولُ الواحد فيهما مقبولٌ، وهو غيرُ مستَنْكَرٍ إذا كانت المدةُ تحتملُه.

واختلفوا في أدنىٰ هذه المدة[2]، وسنُبيِّنُها في باب العدة إن شاء الله تعالىٰ.

* * * * *

---

(١) أي النكاح.

(٢) أي واختلف أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله في أدنىٰ المدة التي تُصدَّق المعتدة في انقضاء العدة.

باب الإيلاء

وإذا قال الرجلُ لامرأته: واللهِ لا أقرَبُكِ، أو قال: والله لا أقربُكِ أربعةَ أشهرٍ: فهو مُوْلٍ.

قال: فإن وطئها في الأربعةِ الأشهرِ: حَنِثَ في يمينِه، ولزمَتْه الكفارةُ، وسَقَطَ الإيلاءُ.

وإن لم يَقْرَبْها حتىٰ مَضَتْ أربعةُ أشهرٍ: بانتْ منه بتطليقةٍ.

باب الإيلاء

قال: (وإذا قال الرجلُ لامرأته: واللهِ لا أقرَبُكِ، أو قال: والله لا أقربُكِ أربعةَ أشهرٍ: فهو مُوْلٍ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾. الآية. البقرة/٢٢٦.

قال: (فإن وطئها في الأربعةِ الأشهرِ: حَنِثَ في يمينِه، ولزمَتْه الكفارةُ[١])؛ لأن الكفارةَ موجَبُ الحِنْث.

(وسَقَطَ الإيلاءُ)؛ لأن اليمينَ ترتفعُ بالحنث.

(وإن لم يَقْرَبْها حتىٰ مَضَتْ أربعةُ أشهرٍ: بانتْ منه بتطليقةٍ).

وقال الشافعي[٢] رحمه الله: تَبِيْنُ بتفريق القاضي؛ لأنه مانِعٌ حَقَّها في الجِماع، فينوبُ القاضي مَنابَه في التسريح، كما في الجَبِّ، والعُنَّة.

---

(١) أي كفارة اليمين.

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٥١.

فإن كان حَلَفَ علىٰ أربعة أشهرٍ : فقد سَقَطَتِ اليمينُ.

وإن كان حَلَفَ علىٰ الأَبَدِ : فاليمينُ باقيةٌ.

فإن عاد فتزوَّجها : عاد الإيلاءُ، فإن وطئها، وإلا : وَقَعَتِ اليمينُ بمُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ تطليقةٌ أخرىٰ.

ولنا: أنه ظَلَمَها بمنع حَقِّها، فجازاه الشرعُ بزوال نعمةِ النكاحِ عند مُضِيِّ هذه المدة.

وهو المأثورُ عن عثمانَ بن عفان وعليِّ بن أبي طالب والعبادلةِ الثلاثةِ[1]، وزيدِ بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين، وكفىٰ بهم قُدوةً.

ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية، فحكَمَ الشرعُ بتأجيله إلىٰ انقضاء المدة.

قال: (فإن كان حَلَفَ علىٰ أربعة أشهرٍ: فقد سَقَطَتِ اليمينُ)؛ لأنها كانت مؤقَّتةً به.

(وإن كان حَلَفَ علىٰ الأَبَدِ: فاليمينُ باقيةٌ)؛ لأنها مطلَقَةٌ، ولم يوجدِ الحِنْثُ لترتفعَ به، إلا أنه لا يتكرَّرُ الطلاقُ قبلَ التزوُّجِ؛ لأنه لم يوجَدْ مَنْعُ الحقِّ بعدَ البينونة[2].

قال: (**فإن عاد فتزوَّجها: عاد الإيلاءُ**، فإن وطئها، وإلا: وَقَعَتِ اليمينُ بمُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ تطليقةٌ أخرىٰ)؛ لأن اليمينَ باقيةٌ؛ لإطلاقِها، وبالتزوج

---

(١) وهم عند الفقهاء: ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر. البناية ١٤٩/٧، وينظر لهذه الآثار مصنف عبد الرزاق (١١٦٣٨)، مصنف ابن أبي شيبة (١٨٥٤٢)، التعريف والإخبار ٣/ ٦٠، الدراية ٢/ ٧٤.

(٢) ينظر البناية ٧/ ١٥٠، ففيها خلافٌ بين فقهاء الحنفية.

قال: فإن تزوجها ثالثاً: عاد الإيلاءُ، ووَقَعَتْ بمُضِيٍّ أربعةِ أشهرٍ تطليقةٌ أخرىٰ إن لم يقرَبْها.

فإن تزوَّجها بعد زوجٍ آخَرَ: لم يقعْ بذلك الإيلاءِ طلاقٌ، واليمينُ باقيةٌ.

فإن وطئها: كَفَّرَ عن يمينه.

فإن حَلَفَ علىٰ أقلَّ من أربعة أشهرٍ: لم يكن مُوْلياً.

ثبت حقُّها، فيتحقَّقُ الظلمُ، ويُعتبرُ ابتداءُ هذا الإيلاءِ من وقت التزوُّج.

قال: (فإن تزوجها ثالثاً[١]: عاد الإيلاءُ، ووَقَعَتْ بمُضِيٍّ أربعةِ أشهرٍ تطليقةٌ أخرىٰ إن لم يقرَبْها)؛ لِمَا بيَّنَّاه.

قال: (فإن تزوَّجها بعد زوجٍ آخَرَ: لم يقعْ بذلك الإيلاءِ طلاقٌ)؛ لتقيُّده بطلاق هذا المِلْكِ، وهي فَرْعُ مسألةِ التنجيز الخلافية[٢]، وقد مرَّ من قبل[٣].

(واليمينُ باقيةٌ)؛ لإطلاقها، وعدمِ الحِنْثِ.

(فإن وطئها: كَفَّرَ عن يمينه)؛ لوجود الحِنْثِ.

قال: (فإن حَلَفَ علىٰ أقلَّ من أربعة أشهرٍ: لم يكن مُوْلياً)؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما: «لا إيلاءَ فيما دونَ أربعةِ أشهرٍ»[٤].

ولأن الامتناعَ عن قِرْبانها في أكثر المدة: بلا مانعٍ، وبمثله لا يثبتُ حكمُ الطلاقِ فيه.

---

(١) وفي نُسخ: ثانياً، وقد بيَّن في البناية ١٥١/٧ وجهَ كلٍّ منهما.

(٢) فإنه يبطل التعليق عندنا، خلافاً لزفر.

(٣) في باب الأيمان في الطلاق

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (١٨٥٨٨)، وإسناده صحيح، كما في الدراية ٧٤/٢.

ولو قال: واللهِ لا أقرَبُكِ شهرَيْن وشهرَيْن بعد هذَيْن الشهرَيْن: فهو مُولٍ.

ولو مَكَثَ يوماً، ثم قال: والله لا أقربُكِ شهرَيْن بعدَ الشهرَيْن الأَوَّلَيْن: لم يكن مُوْلِياً.

ولو قال: واللهِ لا أقربُكِ سَنَةً إلا يوماً: لم يكن مُوْلِياً.

قال: (ولو قال: واللهِ لا أقرَبُكِ شهرَيْن وشهرَيْن بعد هذَيْن الشهرَيْن: فهو مُولٍ)؛ لأنه جَمَعَ بينهما بحرف الجمع، فصار كجَمْعِه بلفظِ الجمع.

قال: (ولو مكَثَ يوماً، ثم قال: واللهِ لا أقربُكِ شهرَيْن بعدَ الشهرَيْن الأَوَّلَيْن: لم يكن مُوْلِياً)؛ لأن الثاني إيجابٌ مبتَدأٌ، وقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأُوْلىٰ شهرَيْن، وبعد الثانية أربعةَ أشهر إلا يوماً مكَثَ فيه، فلم تتكاملْ مدةُ المنع.

قال: (ولو قال: واللهِ لا أقربُكِ سَنَةً إلا يوماً: لم يكن مُوْلِياً).

خلافاً لزفر رحمه الله، هو يَصرِفُ الاستثناءَ إلىٰ آخرِها؛ اعتباراً بالإجارة، فتمَّتْ مدةُ المنع.

ولنا: أن المولِي مَن لا يُمْكِنُه القِرْبانُ أربعةَ أشهرٍ، إلا بشيءٍ يَلزمُه، ويُمكِنُه ها هنا؛ لأن المستثنىٰ يومٌ مُنكَّرٌ.

بخلاف الإجارةِ؛ لأن الصَّرْفَ إلىٰ الآخرِ: لتصحيحِها، فإنها لا تصحُّ مع التنكير، ولا كذلك اليمين[1].

---

(١) فإن اليمين تصح مع الجهالة.

ولو قَرِبَها في يومٍ، والباقي أربعةُ أشهرٍ أو أكثرُ: صار مُوْلِياً.

ولو قال وهو بالبصرة: واللهِ لا أدخلُ الكوفةَ وامرأتُه بها: لم يكن مولياً.

ولو حَلَفَ بحَجٍّ أو بصومٍ أو بصدقةٍ أو عِتْقٍ أو طلاقٍ: فهو مُولٍ.

قال: (ولو قَرِبَها في يومٍ، والباقي أربعةُ أشهرٍ أو أكثرُ: صار مُوْلِياً)؛ لسقوط الاستثناء.

قال: (ولو قال وهو بالبصرة: واللهِ لا أدخلُ الكوفةَ وامرأتُه بها[1]: لم يكن مولياً)؛ لأنه يُمْكِنُه القِرْبانُ من غيرِ شيءٍ يلزمُه بالإخراجِ من الكوفة.

قال: (ولو حَلَفَ بحَجٍّ أو بصومٍ أو بصدقةٍ أو عِتْقٍ أو طلاقٍ: فهو مُول)؛ لتحقُّقِ المنعِ باليمين، وهو ذِكْرُ الشرطِ والجزاءِ، وهذه الأجزيةُ مانعةٌ[2]؛ لِمَا فيها من المشقة.

وصورةُ الحَلِفِ بالعتق: أن يُعلِّقَ بقِرْبانِها عِتْقَ عبدِه.

وفيه خلافُ أبي يوسف رحمه الله، فإنه يقولُ: يُمكِنُه البيعُ، ثم القِرْبانُ، فلا يلزمُه شيءٌ.

وهما يقولان: البيعُ موهومٌ، فلا يَمنعُ المانعيةَ فيه[3].

والحَلِفُ بالطلاق: أن يُعلِّقَ بقِرْبانها طلاقَها، أو طلاقَ صاحبتِها، وكلٌّ ذلك مانعٌ.

---

(١) وفي نُسخ: فيها.

(٢) أي مانعة من مباشرة الشرط.

(٣) أي في الإيلاء.

قال : وإن آلىٰ من المطلَّقة الرجعية : كان مولياً، وإن آلىٰ من البائنة : لم يكن مولياً.

ولو قال لأجنبيةٍ : واللهِ لا أقربُكِ، أو : أنتِ عليَّ كظَهْر أمي، ثم تزوجها : لم يكن مولياً، ولا مظاهِراً، وإن قَرِبَها : كفَّر.

ومدةُ إيلاءِ الأمة : شهران.

قال: (وإن آلىٰ من المطلَّقة الرجعية: كان مولياً، وإن آلىٰ من البائنة: لم يكن مولياً)؛ لأن الزوجيةَ قائمةٌ في الأُولىٰ، دون الثانية.

ومَحَلُّ الإيلاء: مَن تكونُ من نسائنا بالنص[(١)]، فلو انقضتِ العدةُ قبلَ انقضاءِ مدةِ الإيلاء: سقط الإيلاءُ؛ لفوات المَحَلِّية[(٢)].

قال: (ولو قال لأجنبيةٍ: واللهِ لا أقربُكِ، أو: أنتِ عليَّ كظَهْر أمي، ثم تزوجها: لم يكن مولياً، ولا مظاهِراً)؛ لأن الكلامَ في مَخْرَجِه وَقَعَ باطلاً؛ لانعدام المَحَلِّيةِ، فلا ينقلبُ صحيحاً بعد ذلك.

(وإن قَرِبَها[(٣)]: كفَّر)؛ لتحقُّق الحِنْثِ، إذِ اليمينُ منعقِدَةٌ في حَقِّه.

قال: (ومدةُ إيلاءِ الأمة: شهران)؛ لأن هذه مدةٌ ضُرِبَتْ أَجَلاً للبينونة، فتتنصَّفُ بالرِّقِّ، كمدة العدة.

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾. البقرة/٢٢٦.

(٢) أي تنتفي الزوجية بعد الإبانة.

(٣) هذا في قوله: والله لا أقربُك، لا في قوله: أنت علي كظهر أمي.

وإن كان المُولي مريضاً لا يَقْدِرُ علىٰ الجِماع، أو كانت المرأةُ مريضةً، أو رَتْقاءَ، أو كانت صغيرةً لا يُجامَعُ مثلُها، أو كانت بينهما مسافةٌ لا يَقدِرُ أن يصلَ إليها في مدة الإيلاء: ففيؤه: أن يقولَ بلسانه: إني فِئتُ إليها، في مدة الإيلاء، فإن قال ذلك: سَقَطَ الإيلاءُ.

ولو قَدَرَ علىٰ الجِماعِ في المدة: بَطَلَ ذلك الفيءُ، وصار فيؤه بالجماع.

وإذا قال لامرأتِه: أنتِ عليَّ حرامٌ: سُئِلَ عن نيَّته: فإن قال: . . . . .

قال: (وإن كان المُولي مريضاً لا يَقْدِرُ علىٰ الجِماع، أو كانت المرأةُ مريضةً، أو رَتْقاءَ، أو كانت صغيرةً لا يُجامَعُ مثلُها، أو كانت بينهما مسافةٌ لا يَقدِرُ أن يصلَ إليها في مدة الإيلاء: ففيؤه: أن يقولَ بلسانه: إني فِئتُ إليها، في مدة الإيلاء، فإن قال ذلك: سَقَطَ الإيلاءُ).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لا فَيْءَ إلا بالجِماع، وإليه ذهب الطحاويُّ رحمه الله؛ لأنه لو كان فَيْئاً: لكان حِنْثاً.

ولنا: أنه آذاها بذِكْر المنع، فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان، وإذا ارتفعُ الظلم: لا يُجازىٰ بالطلاق.

قال: (ولو قَدَرَ علىٰ الجِماعِ في المدة: بَطَلَ ذلك الفيءُ، وصار فيؤه بالجماع)؛ لأنه قَدَرَ علىٰ الأصل قبلَ حصولِ المقصودِ بالخَلَف[2].

قال: (وإذا قال لامرأتِه: أنتِ عليَّ حرامٌ: سُئِلَ عن نيَّته: فإن قال:

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٣٥٠

(٢) وهو الفيء باللسان. البناية

أردتُ به الكذبَ : فهو كما قال.

وإن قال : أردتُ الطلاقَ : فهي تطليقةٌ بائنةٌ، إلا أن ينويَ الثلاثَ.

وإن قال : أردتُ الظهارَ : فهو ظِهَارٌ.

وإن قال : أردتُ التحريمَ، أو لم أُرِدْ به شيئاً : فهو يمينٌ يصيرُ به مُوْلياً.

أردتُ به الكذبَ: فهو كما قال)؛ لأنه نوىٰ حقيقةَ كلامه.

وقيل: لا يُصدَّقُ في القضاء؛ لأنه يمينٌ ظاهراً.

قال: (وإن قال: أردتُ الطلاقَ: فهي تطليقةٌ بائنةٌ، إلا أن ينويَ الثلاثَ)، وقد ذكرناه في الكنايات.

قال: (وإن قال: أردتُ الظهارَ: فهو ظِهَارٌ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: ليس بظهارٍ؛ لانعدام التشبيهِ بالمُحَرَّمة، وهو الركنُ فيه.

ولهما: أنه أطلَقَ الحُرْمةَ، وفي الظهار نوعُ حُرْمةٍ، والمطلَقُ يحتمِلُ المقيَّد.

قال: (وإن قال: أردتُ التحريمَ، أو لم أُرِدْ به شيئاً: فهو يمينٌ يصيرُ به مُوْلياً)؛ لأن الأصلَ في تحريم الحلال: إنما هو يمينٌ عندنا، وسنذكرُه في باب الأَيمان إن شاء الله تعالىٰ.

. . . .

ومن المشايخ رحمهم الله مَن يَصرِفُ لفظةَ: التحريم[١]: إلىٰ الطلاق من غير نيةٍ[٢]؛ بحكم العُرْف[٣]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي في قوله: أنتِ عليَّ حرامٌ.

(٢) فيكون من الصريح، لا من الكناية.

(٣) قال في البناية ١٦٥/٧: لأن العادة جرَتْ بين الناس في زماننا هذا أنهم يريدون الطلاقَ بهذا.

وأراد بقوله: ومن المشايخ: أبا بكر الإسكاف محمد بن أحمد، ت٣٣٣هـ، وأبا بكر بن سعيد ـ بن أبي سعيد ـ ت٣٢٨هـ، والفقيه أبا جعفر الهندواني محمد بن عبد الله، ت٣٦٢هـ، فإنهم قالوا: يقع الطلاق.

وقال الفقيه أبو الليث السمرقندي نصر بن محمد، ت٣٩٣هـ: وبه نأخذُ. اهـ، وينظر ابن عابدين ٢٥٣/٣ (ط الشاملة).

باب الخُلْع

وإذا تَشَاقَّ الزوجان، وخافا أنْ لا يُقيما حدودَ الله: فلا بأسَ بأن تَفتَدِيَ نفسَها منه بمالٍ يَخلَعُها به.

فإذا فَعَلا ذلك: وَقَعَ بالخلع تطليقةٌ بائنةٌ، ولَزِمَها المالُ.

باب الخُلْع

قال: (وإذا تَشَاقَّ الزوجان، وخافا أنْ لا يُقيما حدودَ الله: فلا بأسَ بأن تَفتَدِيَ نفسَها منه بمالٍ يَخلَعُها به)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾. البقرة/٢٢٩.

(فإذا فَعَلا[١] ذلك: وَقَعَ بالخلع تطليقةٌ بائنةٌ، ولَزِمَها المالُ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخلعُ تطليقةٌ بائنةٌ»[٢].

ولأنه يحتملُ الطلاقَ، حتىٰ صار من الكنايات، والواقعُ بالكنايات: بائنٌ، إلا أنَّ ذِكْرَ المالِ أغنىٰ عن النيةِ ها هنا.

ولأنها لا تُسلِّمُ المالَ إلا لتَسْلَمَ لها نفسُها، وذلك بالبينونة.

---

(١) وفي نُسخ: فعل. بالإفراد، أي فعل الزوج.

(٢) سنن الدارقطني (٤٠٢٥)، وابن عدي في الكامل ٥/٥٤١، وفيه: عبَّاد بن كثير الثقفي، وهو واهٍ، الدراية ٢/٧٥، التعريف والإخبار ٣/٦٤، أما ابن الهمام في فتح القدير ٤/٦٠ فقوّىٰ رواية المصنِّف المرغيناني بمرسل سعيد بن المسيب أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقةً، وهو مرسلٌ له حكم الوصل الصحيح، كما قال، وينظر نصب الراية ٣/٢٤٣.

وإن كان النشوزُ من قِبَلِه : يُكره له أن يأخذَ منها عِوَضاً .
وإن كان النشوزُ منها : كَرِهْنا له أن يأخذَ منها أكثرَ مما أعطاها .
وفي رواية «الجامع الصغير» : طاب له الفضلُ أيضاً .
ولو أَخَذَ الزيادةَ : جاز في القضاء ، وكذلك إذا أَخَذَ والنشوزُ منه .

قال: (وإن كان النشوزُ من قِبَلِه: يُكره له أن يأخذَ منها عِوَضاً)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾. الآية. النساء/ ٢٠.

ولأنه أَوْحَشَها بالاستبدال، فلا يزيدُ في وَحْشَتِها بأخذ المال.

قال: (وإن كان النشوزُ منها: كَرِهْنا له أن يأخذَ منها أكثرَ مما أعطاها.

وفي رواية «الجامع الصغير[1]»: طاب له الفضلُ أيضاً)؛ لإطلاق ما تلوناه بَدْءاً.

ووَجْهُ الأخرىٰ[2]: قولُه عليه الصلاة والسلام في امرأةِ ثابتِ بن قيس ابنِ شَمَّاس: «أما الزيادةُ: فلا»[3]، وقد كان النشوزُ منها.

(ولو أَخَذَ الزيادةَ: جاز في القضاء.

وكذلك[4] إذا أَخَذَ والنشوزُ منه)؛ لأن مقتضىٰ ما تلوناه[5]: شيئان:

---

(١) ص١١٩، وأُنبِّه هنا إلىٰ المؤلف اختصر عبارة بداية المبتدي التي أَلَّفها أولاً.

(٢) أي الرواية الأولىٰ رواية القدوري بالكراهة.

(٣) سنن الدارقطني (٣٦٢٩)، وإسناده صحيح، كما في التعريف والإخبار ٣/ ٦٦.

(٤) أي يجوز أخذ الزيادة.

(٥) أي قوله تعالىٰ: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾. البقرة/ ٢٢٩.

وإن طلَّقها علىٰ مالٍ، فقبِلَتْ: وَقَعَ الطلاقُ، ولَزِمَها المالُ، وكان الطلاقُ بائناً.

وإن بَطَلَ العِوَضُ في الخلعِ، مثلُ أن يُخالِعَ المسلمُ المسلِمةَ علىٰ خمرٍ أو خِنزيرٍ أو ميتةٍ: فلا شيءَ للزوجِ، والفُرْقةُ بائنةٌ، وإن بَطَلَ العوضُ في الطلاقِ: كان رجعياً.

الجوازُ[١] حُكماً[٢]، والإباحةُ[٣]، وقد تُرِكَ العملُ في حَقِّ الإباحة: لمعارضٍ[٤]، فبقيَ معمولاً به في الباقي.

قال: (وإن طلَّقها علىٰ مال، فقَبِلَتْ: وَقَعَ الطلاقُ، ولَزِمَها المالُ)؛ لأن الزوجَ يستبدُّ بالطلاق تنجيزاً وتعليقاً، وقد علَّقَه بقبولِها، والمرأةُ تَملِكُ التزامَ المال؛ لولايتها علىٰ نفسِها، ومِلْكُ النكاح مما يجوزُ الاعتياضُ عنه وإن لم يكن مالاً، كالقصاص.

(وكان الطلاقُ بائناً)؛ لِمَا بيَّنَّا، ولأنه معاوَضَةُ المالِ بالنفس، وقد مَلَكَ الزوجُ أحدَ البدلين، فتَملِكُ هيَ الآخَرَ، وهو النفسُ؛ تحقيقاً للمساواة.

قال: (وإن بَطَلَ العِوَضُ في الخلعِ، مثلُ أن يُخالِعَ المسلمُ المسلِمةَ علىٰ خمرٍ أو خِنزيرٍ أو ميتةٍ: فلا شيءَ للزوجِ، والفُرْقةُ بائنةٌ، وإن بَطَلَ العوضُ في الطلاق: كان رجعياً).

---

(١) أي جواز أخذ الزيادة في القضاء.

(٢) أي شرعاً.

(٣) أي إباحة أخذ الزيادة. وهناك فرقٌ بين الإباحة والجواز، فضد الإباحة: الكراهة، وضد الجواز: الحرمة. ينظر البناية ١٧٩/٧.

(٤) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم المتقدم: «أما الزيادة: فلا».

. . . .

فوقوعُ الطلاقِ في الوجهين: للتعليق بالقبول، وافتراقُهما في الحكم؛ لأنه لَمَّا بطل العوضُ: كان العاملَ في الأول: لفظُ الخلع[1]، وهو كنايةٌ، وفي الثاني: صريحُ الطلاق، وهو يُعَقِّبُ الرجعةَ.

وإنما لم يجبْ للزوج شيءٌ عليها: لأنها ما سَمَّتْ مالاً متقوِّماً حتىٰ تصيرَ غارَّةً له.

ولأنه لا وَجْهَ إلىٰ إيجابِ المسمَّىٰ: للإسلام، ولا إلىٰ إيجابِ غيرِه: لعدم الالتزام.

بخلاف ما إذا خالع علىٰ خَلٍّ بعينه، فظَهَرَ خمراً؛ لأنها سمَّتْ مالاً، فصار مغروراً.

وبخلاف ما إذا كاتب، أو أعتق علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ، حيث تجبُ قيمةُ العبد؛ لأنَّ مِلْكَ المولىٰ فيه متقوِّمٌ، وما رضيَ بزواله مجاناً.

أما مِلْكُ البُضْعِ في حالة الخروج: فغيرُ متقَوِّمٍ، علىٰ ما نَذكُره.

وبخلاف النكاح؛ لأن البُضْعَ في حالة الدخول متقوِّمٌ، والفقهُ فيه: أنه شريفٌ[2]، فلم يُشرعْ تملُّكُه إلا بعوضٍ؛ إظهاراً لشَرَفِه.

---

(١) بنصب: العاملَ، وبرفع: لفظُ الخلع. وقد نقل العيني في البناية ١٨١/٧ عن تاج الشريعة أن هذا الضبط هو بخط المصنِّف، وكذلك نقله سعدي جلبي في حاشيته علىٰ الهداية. قلت: وهذا يُشعر باحتمال أن يكون تاجُ الشريعة قد وقف علىٰ نسخة المؤلف، والله أعلم.

(٢) أي أن البُضعَ شريفٌ له قَدْرٌ في نفسه.

وما جاز أن يكون مهراً: جاز أن يكون بدلاً في الخلع.

فإن قالت له: خالِعني علىٰ ما في يدي، فخالَعَها، فلم يكن في يدها شيءٌ: فلا شيءَ له عليها.

وإن قالت: خالِعني علىٰ ما في يدي من مالٍ، فخالَعَها، فلم يكن في يدها شيءٌ: رَدَّتْ عليه مهرَها.

فأما الإسقاط[١]: فنفسُه شَرَفٌ، فلا حاجةَ إلىٰ إيجاب المال.

قال: (وما جاز أن يكون مهراً: جاز أن يكون بدلاً في الخلع)؛ لأنَّ ما يصلُحُ عوضاً للمتقوِّم: أَوْلىٰ أن يصلُحَ عوضاً لغير المتقوِّم.

قال: (فإن قالت له: خالِعني علىٰ ما في يدي، فخالَعَها، فلم يكن في يدها شيءٌ: فلا شيءَ له عليها)؛ لأنها لم تَغُرُّه[٢] بتسمية المال.

قال: (وإن قالت: خالِعني علىٰ ما في يدي من مال، فخالَعَها، فلم يكن في يدها شيءٌ: رَدَّتْ عليه مهرَها)؛ لأنها لَمَّا سَمَّتْ مالاً: لم يكنِ الزوجُ راضياً بالزوال إلا بعوضٍ.

ولا وَجْهَ إلىٰ إيجاب المسمَّىٰ، وقيمتِه؛ للجهالة، ولا إلىٰ قيمةِ البُضع، أعني مهرَ المثل؛ لأنه[٣] غيرُ متقَوِّمٍ حالةَ الخروج، فتعيَّنَ إيجابُ ما قام به علىٰ الزوج؛ دفعاً للضرر عنه.

---

(١) أي إسقاط ملك الزوج عن البُضع.

(٢) هكذا ضُبطت بضم الراء المشددة في النسخ الخطية، وكُتب عليها في حاشية نسخة ٧٩٧هـ: بالضمة؛ لاتصاله بضمير المذكَّر. اهـ، وفي نُسخ: لم تضرَّه.

(٣) أي البضع.

ولو قالت: خالِعني علىٰ ما في يدي من دراهمَ، أو من الدراهم، ففعل: فلم يكنْ في يدِها شيءٌ: فعليها ثلاثةُ دراهمَ.

فإن اختلعت علىٰ عبدٍ لها آبِقٍ، علىٰ أنها بريئةٌ من ضمانه: لم تَبْرأ، وعليها تسليمُ عينِه إن قَدَرَتْ، وتسليمُ قيمتِه إن عَجَزَتْ.

وإذا قالت: طلِّقني ثلاثاً بألفٍ، فطلَّقَها واحدةً: فعليها ثلثُ الألف، والطلاقُ بائنٌ.

قال: (ولو قالت: خالِعني علىٰ ما في يدي من دراهمَ، أو من الدراهم، ففعل: فلم يكنْ في يدِها شيءٌ: فعليها ثلاثةُ دراهمَ)؛ لأنها سَمَّتِ الجَمْعَ، وأقلُّه ثلاثةٌ.

وكلمةُ: مِن: ها هنا؛ للصلة، دونَ التبعيض، لأن الكلامَ يَختَلُّ بدونه.

قال: (فإن اختلعت علىٰ عبدٍ لها آبِقٍ، علىٰ أنها بريئةٌ من ضمانه: لم تَبْرأ، وعليها تسليمُ عينِه إن قَدَرَتْ، وتسليمُ قيمتِه إن عَجَزَتْ)؛ لأنه عقدُ معاوضةٍ، فيقتضي سلامةَ العوض.

واشتراطُ البراءةِ عنه: شرطٌ فاسدٌ، فيَبطُلُ، إلا أن الخلعَ لا يَبطلُ بالشروط الفاسدة.

وعلىٰ هذا: النكاحُ.

قال: (وإذا قالت: طلِّقني ثلاثاً بألفٍ، فطلَّقَها واحدةً: فعليها ثلثُ الألف)؛ لأنها لَمَّا طَلَبَتِ الثلاثَ بألفٍ: فقد طلبتْ كلَّ واحدةٍ بثُلُث الألف، وهذا لأنَّ حرفَ الباء يَصحَبُ الأعواضَ، والعِوَضُ ينقسمُ علىٰ المعوَّض، (والطلاقُ بائنٌ)؛ لوجوب المال.

وإن قالت: طلِّقْني ثلاثاً علىٰ ألفٍ، فطلَّقَها واحدةً: فلا شيءَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، ويَملِكُ الرجعةَ.

وقالا: هي واحدةٌ بائنةٌ بثُلُث الألفِ.

ولو قال الزوجُ: طلِّقِي نفسَكِ ثلاثاً بألفٍ، أو: علىٰ ألفٍ، فطلَّقت نفسَها واحدةً: لم يقع شيءٌ.

قال: (وإن قالت: طلِّقْني ثلاثاً علىٰ ألفٍ، فطلَّقَها واحدةً: فلا شيءَ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، ويَملِكُ الرجعةَ، وقالا: هي واحدةٌ بائنةٌ بثُلُث الألفِ)؛ لأن كلمةَ: علىٰ: بمنزلة الباء في المعاوضات، حتىٰ إنَّ قولَهم: احمِلْ هذا الطعامَ بدرهمٍ، و: علىٰ درهمٍ: سواءٌ.

وله: أن كلمةَ: علىٰ: للشرط، قال الله تعالىٰ: ﴿ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا ﴾. الممتحنة/١٢.

ومَن قال لامرأته: أنتِ طالقٌ علىٰ أن تَدخُلِي الدارَ: كان شَرْطاً، وهذا لأنه لِلُّزوم حقيقةً، واستُعير للشرط؛ لأنه يُلازِمُ الجزاءَ، وإذا كان للشرط: فالمشروطُ[1] لا يتوزَّعُ علىٰ أجزاء الشرط، بخلاف حرف الباء؛ لأنه للعوض، علىٰ ما مرَّ.

وإذا لم يجبِ المالُ: كان مبتدِئاً، فوَقَعَ الطلاقُ، ويَملِكُ الرجعةَ.

قال: (ولو قال الزوجُ: طلِّقِي نفسَكِ ثلاثاً بألفٍ، أو: علىٰ ألفٍ، فطلَّقت نفسَها واحدةً: لم يقع شيءٌ)؛ لأن الزوجَ ما رضيَ بالبينونة إلا لتَسْلَمَ له الألفُ كلُّها.

---

(١) أي الطلاق.

ولو قال: أنتِ طالقٌ علىٰ ألفٍ، فقَبِلَتْ: طلُقَتْ، وعليها الألفُ، وهو كقوله: أنتِ طالقٌ بألفٍ.

ولو قال لامرأته: أنتِ طالقٌ وعليكِ ألفٌ، فقبِلَتْ، أو قال لعبده: أنتَ حُرٌّ وعليك ألفٌ، فقبِلَ: عَتَقَ العبدُ، وطلُقَتِ المرأةُ، ولا شيءَ عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: علىٰ كلِّ واحدٍ منهما الألفُ إذا قَبِلَ.

بخلاف قولِها: طلِّقْني ثلاثاً بألفٍ، لأنها لَمَّا رضيتْ بالبينونة بألفٍ: كانت ببعضِها أَرْضىٰ.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ علىٰ ألفٍ، فقَبِلَتْ: طلُقَتْ، وعليها الألفُ، وهو كقوله: أنتِ طالقٌ بألفٍ).

ولا بد من القبولِ في الوجهَيْن؛ لأن معنىٰ قولِه: بألفٍ: بعوضِ ألفٍ يجبُ لي عليك.

ومعنىٰ قولِه: علىٰ ألفٍ: علىٰ شَرْطِ ألفٍ يكون لي عليك، والعوضُ لا يجبُ بدون قَبولِه، والمعلَّقُ بالشرط لا ينزِلُ قبلَ وجودِه، والطلاقُ بائنٌ؛ لِمَا قلنا.

قال: (ولو قال لامرأته: أنتِ طالقٌ وعليكِ ألفٌ، فقبِلَتْ، أو قال لعبده: أنتَ حُرٌّ وعليكَ ألفٌ، فقبِلَ: عَتَقَ العبدُ، وطلُقَتِ المرأةُ، ولا شيءَ عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله)، وكذا إذا لم يَقْبَلا.

(وقالا: علىٰ كلِّ واحدٍ منهما الألفُ إذا قَبِلَ).

ولو قال: أنتِ طالقٌ علىٰ ألفِ درهمٍ علىٰ أني بالخيار، أو: علىٰ أنكِ بالخيار ثلاثةَ أيامٍ، فقبِلَتْ: فالخيارُ باطلٌ إذا كان للزوج، وهو جائزٌ إذا كان للمرأة.

فإن رَدَّتِ الخيارَ في الثلاث: بَطَلَ، وإن لم تَرُدَّ: طلُقَتْ، ولَزِمَها الألفُ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: الخيارُ باطلٌ في الوجهَيْن، والطلاقُ واقعٌ، وعليها ألفُ درهمٍ.

وإذا لم يقبل: لا يقعُ الطلاقُ، والعتاقُ.

لهما: أن هذا الكلامَ يُستعمَلُ للمعاوضة، فإن قولَهم: احْمِلْ هذا المتاعَ ولكَ درهمٌ: بمنزلة قولِهم: بدرهمٍ.

وله: أنه جملةٌ تامةٌ[1]، فلا تَرتبطُ بما قبلَها إلا بدلالةٍ، إذِ الأصلُ فيها[2] الاستقلالُ، ولا دلالةَ؛ لأنَّ الطلاقَ والعتاقَ يَنفكَّان عن المال، بخلاف البيع والإجارة؛ لأنهما لا يوجَدان دونَه.

قال: (ولو قال: أنتِ طالقٌ علىٰ ألفِ درهمٍ علىٰ أني بالخيار، أو: علىٰ أنكِ بالخيار ثلاثةَ أيامٍ، فقبِلَتْ: فالخيارُ باطلٌ إذا كان للزوج، وهو جائزٌ إذا كان للمرأة.

فإن رَدَّتِ الخيارَ في الثلاث: بَطَلَ، وإن لم تَرُدَّ: طلُقَتْ، ولَزِمَها الألفُ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: الخيارُ باطلٌ في الوجهَيْن، والطلاقُ واقعٌ، وعليها ألفُ درهمٍ).

---

(١) أي مستقلة بنفسها؛ لأنها مبتدأ وخبرٌ.

(٢) أي الجملة.

ومَن قال لامرأته: طلَّقتُكِ أمسِ علىٰ ألفِ درهمٍ، فلم تَقبَلِي، فقالت: قَبِلْتُ: فالقولُ قولُ الزوج.

ومَن قال لغيره: بِعْتُ منكَ هذا العبدَ بألفِ درهمٍ أمسِ، فلم تَقبَلْ، فقال: قَبِلْتُ: فالقولُ قولُ المشتري.

لأن الخيارَ للفسخ بعد الانعقاد، لا للمنع من الانعقاد، والتصرُّفان لا يحتملان الفسخَ من الجانبَيْن؛ لأنه في جانبِه يمينٌ، ومِن جانبِها شَرْطٌ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الخلعَ في جانبها: بمنزلة البيع، حتىٰ يصحُّ رجوعُها، ولا يتوقفُ علىٰ ما وراءَ المجلس، فيصحُّ اشتراطُ الخيارِ فيه.

أمَّا في جانبه: فيمينٌ، حتىٰ لا يصحُّ رجوعُه عنه، ويتوقفُ علىٰ ما وراءَ المجلس، ولا خيارَ في الأَيمان.

وجانبُ العبدِ في العَتاق: مثلُ جانبِها في الطلاق.

قال: (ومَن قال لامرأته: طلَّقتُكِ أمسِ علىٰ ألفِ درهمٍ، فلم تَقبَلِي، فقالت: قَبِلْتُ: فالقولُ قولُ الزوج.

ومَن قال لغيره: بِعْتُ منكَ هذا العبدَ بألفِ درهمٍ أمسِ، فلم تَقبَلْ، فقال: قَبِلْتُ: فالقولُ قولُ المشتري).

ووجهُ الفَرْقِ: أن الطلاقَ بالمال يمينٌ من جانبه، فالإقرارُ به لا يكونُ إقراراً بالشرط؛ لصحته بدونه، أما البيعُ فلا يتمُّ إلا بالقبول، والإقرارُ به إقرارٌ بما لا يتمُّ إلا به، فإنكارُه القبولَ: رجوعٌ منه.

والمبارأةُ: كالخلع، كلاهما يُسقِطان كلَّ حَقٍّ لكلٍّ واحدٍ من الزوجين علىٰ الآخَر مما يتعلَّقُ بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله.

ومَن خَلَعَ ابنتَه وهي صغيرةٌ بمالِها: لم يَجُزْ عليها.

قال: (والمبارأةُ: كالخلع، كلاهما يُسقِطان كلَّ حَقٍّ لكلٍّ واحدٍ من الزوجين علىٰ الآخَر مما يتعلَّقُ بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله).

وقال محمدٌ رحمه الله: لا يسقطُ فيهما إلا ما سمَّياه.

وأبو يوسف رحمه الله معه في الخلع، ومع أبي حنيفة رحمه الله في المبارأة.

لمحمدٍ رحمه الله: أن هذه معاوضةٌ، وفي المعاوضات يُعتبر المشروطُ، لا غيرُه.

ولأبي يوسف رحمه الله: أنَّ المبارأةَ مفاعلةٌ من البراءة، فتقتضيها[1] من الجانبَيْن، وأنه مطلَقٌ قيَّدناه بحقوق النكاح؛ لدلالة الغرض.

أما الخلع فمقتضاه: الانخلاعُ، وقد حَصَلَ في نفس[2] النكاح، ولا ضرورةَ إلىٰ انقطاع الأحكام.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الخلعَ يُنبِىءُ عن الفصل، ومنه: خَلْعُ النَّعْلِ، وخَلْعُ العملِ، وهو مطلَقٌ، كالمبارأة، فيُعمَلُ بإطلاقهما في النكاح وأحكامِه وحقوقِه.

قال: (ومَن خَلَعَ ابنتَه وهي صغيرةٌ بمالِها: لم يَجُزْ عليها)؛ لأنه لا نَظَرَ

---

(١) أي المبارأة.

(٢) هكذا: نفس: في النُّسخ الخطية، لكن في طبعات الهداية القديمة: في نقض. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

وإن خلَعَها علىٰ ألفٍ، علىٰ أنه ضامِنٌ: فالخلعُ واقعٌ، والألفُ علىٰ الأب.

لها فيه، إذِ البُضْعُ في حالة الخروجِ غيرُ متقوِّمٍ، والبدلُ متقوِّمٌ، بخلاف النكاح؛ لأن البُضْعَ متقوِّمٌ عند الدخول، ولهذا يُعتبرُ خُلْعُ المريضةِ من الثلث، ونكاحُ المريض بمهر المثل من جميع المال.

وإذا لم يَجُزْ: لا يسقط المهرُ، ولا يُستحَقُّ مالُها[1].

ثم يقع الطلاقُ في روايةٍ، ولا يقع في روايةٍ، والأولُ أصحُّ؛ لأنه تعليقٌ بشرطِ قبولِه، فيُعتبرُ بالتعليق بسائر الشروط.

قال: (وإن خلَعَها علىٰ ألفٍ، علىٰ أنه ضامِنٌ: فالخلعُ واقعٌ، والألفُ علىٰ الأب[2])؛ لأنَّ اشتراطَ بدلِ الخلع علىٰ الأجنبيِّ صحيحٌ، فعلىٰ الأبِ أَوْلىٰ.

ولا يسقطُ مهرُها؛ لأنه لم يدخلْ تحتَ ولايةِ الأب.

وإن شَرَطَ الألفَ عليها: تَوقَّفَ علىٰ قَبولِها إن كانت من أهل القبول، فإن قَبِلَتْ: وقع الطلاقُ؛ لوجود الشرط.

ولا يجبُ المالُ؛ لأنها ليست من أهلِ الغَرامة.

فإن قَبِلَه الأبُ عنها: ففيه روايتان.

---

(١) وضبطها سعدي جلبي في حاشيته بالمجهول، كما ضبطها بالمعلوم هكذا: يَستَحِقُّ مالَها. وكتب: أي الزوج.

(٢) وفي نسخة ٦٣٣هـ من بداية المبتدي زيادة: بحكم الضمان.

. . . .

---

* وكذا إن خالَعَها علىٰ مهرها، ولم يَضمنِ الأبُ المهرَ: توقَّف علىٰ قبولِها، فإن قَبِلَتْ: طَلُقَتْ، ولا يسقطُ المهرُ.

فإن قَبِلَ الأبُ عنها: فعلىٰ الروايتين.

وإن ضَمِنَ الأبُ المهرَ، وهو ألفُ درهمٍ: طلُقَتْ؛ لوجودِ قَبولِه، وهو الشرطُ.

ويلزمُه خمسُمائة؛ استحساناً، وفي القياس: يلزمُه الألفُ.

وأصلُه[1]: في الكبيرة[2] إذا اختلعتْ قبلَ الدخولِ علىٰ ألف درهمٍ، ومهرُها ألفٌ[3]: ففي القياس: عليها خمسُمائةٍ زائدةٌ، وفي الاستحسان: لا شيءَ عليها؛ لأنه يُرادُ به عادةً: حاصلُ ما يلزمُ لها، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي أصل ما ذُكر في هذه المسألة.

(٢) أي في المرأة الكبيرة. البناية ١٩٦/٧.

(٣) أي ولم تقبض شيئاً. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

باب الظِّهَار

وإذا قال الرجلُ لامرأتِه : أنتِ عليَّ كظَهْر أُمِّي : فقد حَرُمَتْ عليه، لا يحِلُّ له وطؤها، ولا مَسُّها، ولا تقبيلُها حتى يُكفِّرَ عن ظِهاره.

باب الظِّهَار

قال: (وإذا قال الرجلُ لامرأتِه: أنتِ عليَّ كظَهْر أُمِّي: فقد حَرُمَتْ عليه، لا يحِلُّ له وطؤها، ولا مَسُّها، ولا تقبيلُها حتى يُكفِّرَ عن ظِهاره).

لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ...﴾. إلىٰ أن قال تعالىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾. المجادلة/٣.

والظهارُ كان طلاقاً في الجاهلية، فقرَّرَ الشرعُ أصلَه[1]، ونَقَلَ حُكْمَه إلىٰ تحريمٍ مؤقَّتٍ بالكفارة، غيرِ مزيلٍ للنكاح.

وهذا لأنه جنايةٌ؛ لكونه مُنكَراً من القول وزُوراً، فيناسِبُ المجازاةَ عليها بالحُرمة، وارتفاعُها بالكفارة.

ثم الوطءُ إذا حَرُمَ: حَرُمَ بدواعيه؛ كي لا يقعَ فيه، كما في الإحرام.

بخلاف الحائض والصائم؛ لأنه يكثُر وجودُهما، فلو حَرُمَتِ[2] الدواعي: يُفضِي إلى الحَرَج، ولا كذلك الظِّهارُ، والإحرامُ.

---

(١) وهو التحريم. الكفاية للخوارزمي ٤/٧٦، وحاشية نسخة ٩٧٧هـ.

(٢) وفي نُسخ: حَرُمَ.

فإن وطئها قبلَ أن يُكفِّرَ: استغفرَ اللهَ تعالىٰ، ولا شيءَ عليه غيرُ الكفارةِ الأُولىٰ، ولا يُعاوِدُه حتىٰ يُكفِّرَ.

وهذا اللفظُ: لا يكونُ إلا ظهاراً، ولو نوىٰ به الطلاقَ: لا يصحُّ.

وإذا قال: أنتِ عليَّ كبطن أُمِّي، أو: كفَخِذِها، أو: كفَرْجِها: فهو مُظاهِرٌ.

قال: (فإن وطئها قبلَ أن يُكفِّرَ: استغفَرَ اللهَ تعالىٰ، ولا شيءَ عليه غيرُ الكفارةِ الأُولىٰ، ولا يُعاوِدُه حتىٰ يُكفِّرَ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام للذي واقَعَ امرأتَه في ظِهَاره قبلَ الكفارة: «استغفِرِ اللهَ، ولا تَعُدْ حتىٰ تُكفِّرَ»[1].

ولو كان شيءٌ آخَرُ واجباً: لنبَّه عليه النبيُّ صلىٰ الله عليه وسلم.

قال: (وهذا اللفظُ[2]: لا يكونُ إلا ظهاراً)؛ لأنه صريحٌ فيه.

(ولو نوىٰ به الطلاقَ: لا يصحُّ)؛ لأنه منسوخٌ[3]، فلا يَتمكَّنُ من الإتيان به.

قال: (وإذا قال: أنتِ عليَّ كبطن أُمِّي، أو: كفَخِذِها، أو: كفَرْجِها: فهو مُظاهِرٌ)؛ لأن الظهارَ ليس إلا تشبيهَ المُحلَّلةِ بالمُحَرَّمة، وهذا المعنىٰ يتحقَّقُ في عضوٍ لا يجوز النظرُ إليه.

---

(١) سنن الترمذي (١١٩٨)، وقال: حسن صحيح غريب، سنن أبي داود (٢٢١٦)، وينظر نصب الراية ٣/٢٤٦.

أما لفظ الاستغفار: فقال مخرِّجو أحاديث الهداية: لم نجد في شيءٍ من طرقه ذكر الاستغفار، لكن العلامة قاسم في منية الألمعي ص٣٩١، وفي التعريف والإخبار ٣/٧٢ نقله في بلاغٍ عن محمدٍ في الأصل.

(٢) يعني قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي.

(٣) أي إن الطلاق بهذا اللفظ منسوخ.

وكذا إذا شبَّهها بمَن لا يَحِلُّ له النظرُ إليها علىٰ التأبيد من محارمه، مثلُ أُختِه، أو عمَّته، أو أُمِّه من الرَّضاعة.

وكذلك إذا قال: رأسُكِ عليَّ كظهر أُمِّي، أو فَرْجُكِ، أو وَجْهُك، أو رقبتُكِ، أو نصفُكِ، أو ثُلُثُكِ.

قال: (وكذا إذا شبَّهها بمَن لا يَحِلُّ له النظرُ إليها علىٰ التأبيد من محارمه[1]، مثلُ أُختِه، أو عمَّته، أو أُمِّه من الرَّضاعة)؛ لأنهنَّ في التحريم المؤبَّد كالأم.

قال: (وكذلك إذا قال: رأسُكِ عليَّ كظهر أُمِّي، أو فَرْجُكِ، أو وَجْهُك، أو رقبتُكِ، أو نصفُكِ، أو ثُلُثُكِ)؛ لأنه يُعبَّر بها عن جميع البدن، ويثبتُ الحكمُ في الشائع، ثم يتعدَّىٰ، كما بيَّنَّاه في الطلاق.

---

(١) أي إذا شبَّهها بجزءٍ لا يحلُّ له النظرُ إليه. فتح القدير ٤/٨٩.

وبعبارة: «لا يَحِلُّ له النظر إليها»: جاء في بداية المبتدي، وفي طبعة المكتبة الإسلامية للهداية ٢/١٨، وكذلك في النسخ الخطية للقدوري، وفي كل شروحه التي هي عندي، بدءاً بالأقطع ومَن بعده، وقد شَرَحَ هذه العبارةَ الميدانيُّ في اللباب ٤/١٦٧ بقوله: «بمَن لا يحل له النظر إليها: نَظَرَ الزوجِ للزوجة». اهـ، وبهذا حمَّل الميدانيُّ النصَّ ليُصحِّح المعنىٰ الظاهر منه، في حين أن عبارة القدوري في الجوهرة النيرة ٤/٥٣٤ جاءت مناسبة جداً، وبدون تحميلٍ لها لفهم معناها، وهي كما يلي: «إذا شبَّهها بمَن لا تَحِلُّ له مناكحتُها». اهـ، وبهذا اللفظ من القدوري الذي انفرد به الإمام الحداد في الجوهرة: زال إشكال ظاهر العبارة.

ولذا قال ابن الهمام في فتح القدير ٤ /٨٩: «فعبارتُه: إذا شبَّهها بمَن لا يحل له النظر إليها: ليست جيدة؛ لأن ظاهرها: حُرمةُ النظر إلىٰ هؤلاء، وإنما المعنىٰ: إذا شبَّهها بجزءٍ لا يحل له النظر إليه». اهـ

ولو قال : أنتِ عليَّ مثلُ أمي ، أو كأمي : يُرجَعُ إلىٰ نيِّته .

فإن قال : أردتُ الكرامةَ : فهو كما قال .

وإن قال : أردتُ الظِّهارَ : فهو ظهارٌ .

وإن قال : أردتُ الطلاقَ : فهو طلاقٌ بائنٌ .

وإن لم تكن له نيةٌ : فليس بشيءٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمدٌ رحمه الله : يكون ظهاراً .

قال: (ولو قال: أنتِ عليَّ مثلُ أُمِّي، أو كأمي: يُرجَعُ إلىٰ نيِّته)؛ لينكشِفَ حكمُه.

(فإن قال: أردتُ الكرامةَ: فهو كما قال)؛ لأن التكريمَ بالتشبيه فاشٍ في الكلام.

(وإن قال: أردتُ الظِّهارَ: فهو ظهارٌ)؛ لأنه تشبيهٌ بجميعها، وفيه تشبيهٌ بالعضو؛ لكنه ليس بصريحٍ، فيَفتَقِرُ إلىٰ النية.

(وإن قال: أردتُ الطلاقَ: فهو طلاقٌ بائنٌ)؛ لأنه تشبيهٌ بالأم في الحُرمة، فكأنه قال: أنتِ عليَّ حرامٌ، ونوىٰ الطلاقَ.

(وإن لم تكن له نيةٌ: فليس بشيءٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)؛ لاحتمال الحَمْلِ علىٰ الكرامة.

(وقال محمدٌ رحمه الله: يكون ظهاراً)؛ لأن التشبيهَ بعضوٍ منها لَمَّا كان ظهاراً: فالتشبيهُ بجميعها أَوْلىٰ.

ولو قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كأمي، ونوىٰ ظهاراً، أو طلاقاً: فهو علىٰ ما نوىٰ.

وإن قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كظَهْر أُمي، ونوىٰ به طلاقاً أو إيلاءً: لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو علىٰ ما نوىٰ.

وإن عَنَىٰ به التحريمَ، لا غيرَ: فعند أبي يوسف رحمه الله: هو إيلاءٌ؛ ليكونَ الثابتُ به أدنىٰ الحُرْمَتَيْن.

وعند محمدٍ رحمه الله: ظِهَارٌ؛ لأن كافَ التشبيهِ تختصُّ به.

قال: (ولو قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كأمي، ونوىٰ ظهاراً، أو طلاقاً: فهو علىٰ ما نوىٰ)؛ لأنه يحتملُ الوجهين: الظهارَ: لمكان التشبيه، والطلاقَ: لمكان التحريم، والتشبيهُ تأكيدٌ له.

وإن لم تكن له نيةٌ: فعلىٰ قول أبي يوسف رحمه الله: إيلاءٌ، وعلىٰ قول محمدٍ رحمه الله: ظهارٌ، والوجهان بيَّنَّاهما.

قال: (وإن قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كظَهْر أُمي، ونوىٰ به طلاقاً أو إيلاءً: لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: هو علىٰ ما نوىٰ)؛ لأن التحريمَ يحتملُ كلَّ ذلك، علىٰ ما بيَّنَّا، غيرَ أنَّ عندَ محمدٍ رحمه الله إذا نوىٰ الطلاقَ: لا يكونُ ظهاراً، وعند أبي يوسف رحمه الله: يكونان جميعاً، وقد عُرِفَ في موضعه[1].

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه صريحٌ في الظهار، فلا يَحتملُ غيرَه، ثم هو مُحكَمٌ، فيُرَدُّ التحريمُ إليه.

---

(١) أي في مبسوط شمس الأئمة شرح الكافي، قاله الأترازي. البناية ٢٠٧/٧.

ولا يكونُ الظهارُ إلا من الزوجة، حتىٰ لو ظاهَرَ من أمته: لم يكن مظاهِراً.

فإن تزوَّجَ امرأةً بغير أَمْرِها، ثم ظاهَرَ منها، ثم أجازتِ النكاحَ: فالظهارُ باطلٌ.

ومَن قال لنسائه: أنتُنَّ عليَّ كظهر أمي: كان مظاهِراً منهنَّ جميعاً، وعليه لكلِّ واحدةٍ منهنَّ كفارةٌ.

قال: (ولا يكونُ الظهارُ إلا من الزوجة، حتىٰ لو ظاهَرَ من أمته: لم يكن مظاهِراً)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿مِن نِّسَآئِهِمْ﴾. المجادلة/٣.

ولأن الحِلَّ في الأمة تابعٌ، فلا تُلْحَقُ بالمنكوحة.

ولأن الظهارَ منقولٌ عن الطلاق، ولا طلاقَ في المملوكة.

قال: (فإن تزوَّجَ امرأةً بغير أَمْرِها، ثم ظاهَرَ منها، ثم أجازتِ النكاحَ: فالظهارُ باطلٌ)؛ لأنه صادِقٌ في التشبيه وقتَ التصرُّف، فلم يكن منكَراً من القول، والظهارُ ليس بحَقٍّ من حقوقِه حتىٰ يتوقَّفَ عليه.

بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب؛ لأنه من حقوقِ الملك.

قال: (ومَن قال لنسائه: أنتُنَّ عليَّ كظهر أمي: كان مظاهِراً منهنَّ جميعاً)؛ لأنه أضاف الظهارَ إليهنَّ، فصار كما إذا أضاف الطلاقَ.

(وعليه لكلِّ واحدةٍ منهنَّ كفارةٌ)؛ لأن الحُرْمَةَ تثبتُ في حقِّ كلِّ واحدةٍ، والكفارةُ لإنهاء الحُرْمة، فتتعدَّدُ بتعَدُّدِها.

بخلاف الإيلاء منهنَّ؛ لأن الكفارةَ فيه لصيانة حُرمة اسمِ الله تعالىٰ عن الهَتْك، ولم يتعدَّد ذِكْرُ الاسم، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ في الكفَّارة

وكفارةُ الظهار : عِتْقُ رقبةٍ، فإن لم يجدْ : فصيامُ شهرين متتابعَيْن ، فإن لم يستطِعْ : فإطعامُ ستينَ مسكيناً .

وكلُّ ذلك قبلَ المَسِيْس .

فصلٌ في الكفَّارة

قال: (وكفارةُ الظهار: عِتْقُ رقبةٍ، فإن لم يجدْ: فصيامُ شهرين متتابعَيْن، فإن لم يستطِعْ: فإطعامُ ستينَ مسكيناً)؛ للنصِّ الواردِ فيه[1]، فإنه يفيدُ الكفارةَ علىٰ هذا الترتيب.

قال: (وكلُّ ذلك قبلَ المَسِيْس)، وهذا في الإعتاق والصومِ ظاهرٌ؛ للتنصيص عليه.

وكذا في الإطعام[2]؛ لأن الكفارةَ فيه[3] مُنهِيَةٌ للحُرْمة، فلا بدَّ من تقديمها علىٰ الوطء؛ ليكونَ الوطءُ حلالاً.

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾. آية ٣ـ٤/ المجادلة.

(٢) أي بالقياس. حاشية نسخة ٦٤٤هـ.

(٣) أي في الإطعام. البناية ٧/ ٢١١.

وتُجزِئ في العتقِ: الرقبةُ الكافرةُ والمسلمةُ، والذَّكَرُ والأنثىٰ، والصغيرُ والكبيرُ، ولا تُجزِئُ العمياءُ، ولا المقطوعةُ اليدين أو الرِّجْلَيْن.

أما إذا اختلَّتِ المنفعةُ: فهو غيرُ مانعٍ، حتىٰ تجوزُ العوراءُ، ومقطوعةُ إحدىٰ اليدين وإحدىٰ الرِّجْلين من خلافٍ.

قال: (وتُجزِئ في العتقِ: الرقبةُ الكافرةُ والمسلمةُ، والذَّكَرُ والأنثىٰ، والصغيرُ والكبيرُ)؛ لأن اسمَ الرقبةِ يُطلَقُ علىٰ هؤلاء، إذ هيَ عبارةٌ عن الذاتِ المَرْقوقِ المملوكِ من كلِّ وجهٍ.

والشافعيُّ[١] رحمه الله يخالفُنا في الكافرة، ويقول: الكفارةُ حَقٌّ الله تعالىٰ، فلا يجوزُ صَرْفُها إلىٰ عدوِّ الله، كالزكاة.

ونحنُ نقول: المنصوصُ عليه إعتاقُ مطلَق الرقبة، وقد تحَقَّقَ، وقَصْدُه من الإعتاق: التمكُّنُ من الطاعة، ثم مُقارفتُه[٢] المعصيةَ: يُحالُ به[٣] إلىٰ سوء اختياره.

قال: (ولا تُجزِئُ العمياءُ، ولا المقطوعةُ اليدين أو الرِّجْلَيْن)؛ لأن الفائتَ جنسُ المنفعة، وهو البصرُ، أو[٤] البَطْشُ، أو المشيُ، وهو المانعُ.

قال: (أما إذا اختلَّتِ المنفعةُ: فهو غيرُ مانعٍ، حتىٰ تجوزُ العوراءُ، ومقطوعةُ إحدىٰ اليدين وإحدىٰ الرِّجْلين من خلافٍ)؛ لأنه ما فات جنسُ المنفعةِ، بل اختلَّت.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٦٠.

(٢) أي بقاؤه علىٰ ما كان من الكفر: يُحال به إلىٰ سوء هذا الاختيار.

(٣) الضمير يرجع إلىٰ المقارفة، أي الاقتراف والكسب. البناية ٧/٢١٢.

(٤) أو: هنا بمعنىٰ الواو، وكذلك التي بعدها. سعدي جلبي.

ويجوزُ الأصمُّ، ولا يجوزُ مقطوعُ إبهامَيِ اليدين، ولا المجنونُ الذي لا يَعقِلُ.

والذي يُجَنُّ، ويُفِيقُ: يُجزئه.

ولا يجزئُ عِتقُ المدبَّرِ، وأُمِّ الولد.

بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتَيْن من جانبٍ واحدٍ: حيث لا يجوزُ؛ لفوات جنسِ منفعةِ المشيِ، إذ هو عليه(١) متعذِّرٌ.

قال: (ويجوزُ الأصمُّ)، والقياسُ: أن لا يجوزَ، وهو روايةُ النوادر؛ لأن الفائتَ جنسُ المنفعة، إلا أنَّا استحسنَّا الجوازَ؛ لأن أصلَ المنفعة باقٍ؛ فإنه إذا صِيْحَ عليه: يَسمَعُ، حتىٰ لو كان بحالٍ لا يسمعُ أصلاً، بأن وُلِدَ أصمَّ، وهو الأخرسُ: لا يجزئه.

قال: (ولا يجوزُ مقطوعُ إبهامَيِ اليدين)؛ لأن قوةَ البَطْشِ بهما، فبفواتِهما: يفوتُ جنسُ المنفعة.

قال: (ولا) يجوزُ (المجنونُ الذي لا يَعقِلُ)؛ لأن الانتفاعَ بالجوارح لا يكونُ إلا بالعقل، فكان فائتَ المنافع.

(والذي يُجَنُّ، ويُفِيقُ: يُجزئه)؛ لأن الاختلالَ غيرُ مانع.

قال: (ولا يجزئُ عِتقُ المدبَّرِ، وأُمِّ الولد)؛ لاستحقاقِهما الحريةَ بجهةٍ(٢)، فكان الرِّقُّ فيهما ناقصاً.

---

(١) أي العبد.

(٢) أي هي جهة التدبير، وهي لا تقبل الفسخ.

وكذا المكاتَبُ الذي أدَّىٰ بعضَ المال.

فإن أَعتق مكاتَباً لم يُؤدِّ شيئاً: جاز.

(وكذا[١] المكاتَبُ الذي أدَّىٰ بعضَ المال)؛ لأن إعتاقَه يكونُ ببدلٍ.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجزئه؛ لقيام الرقِّ من كلِّ وجهٍ، ولهذا تَقبلُ الكتابةُ الانفساخَ.

بخلاف أُموميةِ الولدِ، والتدبير؛ لأنهما لا يحتمِلان الانفساخَ.

قال: (فإن أَعتق مكاتَباً لم يُؤدِّ شيئاً: جاز).

خلافاً للشافعي[٢] رحمه الله.

له: أنه استحقَّ الحريةَ بجهة الكتابة، فأشبه المدبَّرَ.

ولنا: أن الرِّقَّ قائمٌ من كل وجهٍ، علىٰ ما بيَّنَّا.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: «المكاتَبُ عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ»[٣].

والكتابةُ لا تُنافيه، فإنه[٤] فَكُّ الحَجْرِ، بمنزلة الإذنِ في التجارة، إلا أنه بعِوَضٍ، فيلزمُ من جانبه، ولو كان مانعاً: ينفسخُ بمقتضىٰ الإعتاق، إذ هو يحتملُه، إلا أنه تَسْلَمُ له[٥] الأكسابُ والأولادُ؛ لأن العتقَ في حقِّ

---

(١) أي لا يجزئ.

(٢) الحاوي الكبير ١٥/٣٢٨.

(٣) سنن أبي داود (٣٩٢٦)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير ٢٦/١٦٧، وحسَّنه النووي في روضة الطالبين ١٢/٢٣٦، وينظر نصب الراية ٤/١٤٣.

(٤) أي عَقْد الكتابة.

(٥) أي المكاتب.

وإن اشترىٰ أباه، أو ابنَه ينوي بالشراء الكفارةَ: جاز عنها.

وإن أعتَقَ نصفَ عبدٍ مشترَكٍ، وهو موسِرٌ، وضَمِنَ قيمةَ باقِيْه: لم يَجُزْ عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجوزُ عندهما.

المَحَلِّ ثَبَتَ[1] بجهة الكتابة، أو لأنَّ الفسخَ ضروريٌّ لا يظهرُ في حقِّ الولدِ والكسب.

قال: (وإن اشترىٰ أباه، أو ابنَه ينوي بالشراء الكفارةَ: جاز عنها) عندنا.

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف: كفارةُ اليمين، والمسألةُ تأتيكَ في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (وإن أعتَقَ نصفَ عبدٍ مشترَكٍ، وهو موسِرٌ، وضَمِنَ قيمةَ باقِيْه: لم يَجُزْ عند أبي حنيفة رحمه الله.

ويجوزُ عندهما)؛ لأنه تَمَلَّكَ نصيبَ صاحبِه بالضمان، فصار معتِقاً كلَّ العبدِ عن الكفارة وهو مِلْكُه.

بخلاف ما إذا كان المعتِقُ معسِراً؛ لأنه وَجَبَتْ عليه السعايةُ في نصيب الشريك، فيكون إعتاقاً بعوض.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن نصيبَ صاحبِه يَنتقصُ علىٰ ملكِه، ثم يتحوَّلُ إليه بالضمان، ومثلُه يَمنعُ الكفارةَ.

---

(١) لفظ: ثبت: مثبتٌ في النسخة السلطانية ٧٩٧هـ.

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٦١.

وإن أعتق نصفَ عبدِه عن كفارته، ثم أعتق باقِيَه عنها : جاز.

وإن أعتق نصفَ عبدِه عن كفارته، ثم جامَعَ التي ظاهَرَ منها، ثم أعتق باقِيَه : لم يَجُزْ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإذا لم يجدِ المظاهِرُ ما يَعتِقُ: فكفارتُه صومُ شهرَيْن متتابعَيْن، ليس فيهما شهرُ رمضان، ولا يومُ الفِطْر، ولا يومُ النحر، ولا أيامُ التشريق.

قال: (وإن أعتق نصفَ عبدِه عن كفارته، ثم أعتق باقِيَه عنها: جاز)؛ لأنه أعتقه بكلامَيْن، والنقصانُ متمكِّنٌ علىٰ ملكِه؛ بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، ومثلُه غيرُ مانعٍ، كمن أضجع شاةً للأضحية، فأصاب السِّكِّينُ عينَها.

بخلاف ما تقدَّم؛ لأن النقصانَ تمكَّنَ علىٰ ملكِ الشريك، وهذا علىٰ أصل أبي حنيفة رحمه الله.

أما عندهما: فالإعتاقُ لا يتجزَّأ، فإعتاقُ النصفِ: إعتاقُ الكلِّ، فلا يكون إعتاقاً بكلامَيْن.

قال: (وإن أعتق نصفَ عبدِه عن كفارته، ثم جامَعَ التي ظاهَرَ منها، ثم أعتق باقِيَه: لم يَجُزْ عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأن الإعتاقَ يتجزَّأُ عنده، وشَرْطُ الإعتاق: أن يكونَ قبلَ المَسِيسِ بالنص، وإعتاقُ النصفِ حَصَلَ بعدَه.

وعندهما: إعتاقُ النصف: إعتاقُ الكلِّ، فحَصَلَ الكلُّ قبلَ المَسيس.

قال: (وإذا لم يجدِ المظاهِرُ ما يَعتِقُ: فكفارتُه صومُ شهرَيْن متتابعَيْن، ليس فيهما شهرُ رمضان، ولا يومُ الفِطْر، ولا يومُ النحر، ولا أيامُ التشريق).

أما التتابعُ: فلأنه منصوصٌ عليه.

فإن جامع التي ظاهَرَ منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً، أو نهاراً ناسياً : استأنف الصومَ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يستأنِفُ.

وإن أفطر يوماً منهما بعُذْرٍ، أو بغيرِ عذرٍ : استأنف الصومَ.

وشهرُ رمضان لا يقعُ عن الظهار؛ لِمَا فيه من إبطالِ ما أوجبه الله تعالىٰ.

والصومُ في هذه الأيام منهيٌّ عنه، فلا ينوبُ عن الواجبِ الكامل.

قال: (فإن جامع التي ظاهَرَ منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً، أو نهاراً ناسياً: استأنف الصومَ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يستأنِفُ)؛ لأنه لا يَمنعُ التتابعَ، إذْ لا يفسُدُ به الصومُ، وهو الشرطُ.

وإن كان تقديمُه[1] علىٰ المَسِيس شرطاً[2]: ففيما ذهبنا إليه تقديمُ البعض عليه، وفيما قلتُم: تأخيرُ الكلِّ عنه.

ولهما: أن الشرطَ في الصوم: أن يكون قبلَ المَسِيس، وأن يكونَ خالياً عنه ضرورةً بالنص، وهذا الشرطُ يَنعدِمُ به، فيستأنِفُ.

قال: (وإن أفطر يوماً منهما[3] بعُذْرٍ، أو بغيرِ عذرٍ: استأنف الصومَ)؛ لفوات التتابعِ، وهو قادِرٌ عليه عادةً.

---

(١) أي الصوم.

(٢) هذا جوابٌ عما يقال: التقديم علىٰ المسيس شرطٌ، ولم يوجد، فأجاب بقوله: وإن كان إلىٰ آخره.

(٣) أي من الشهرين. وفي غالب النُّسَخ: منها. قلت: والتقدير: من الكفارة.

وإن ظاهَرَ العبدُ: لم يُجْزِه في الكفارة إلا الصومُ.

وإن أعتق المولىٰ، أو أطعم عنه: لم يُجْزِه.

وإذا لم يستطعِ المظاهِرُ الصيامَ: أطعم ستينَ مسكيناً، ويُطعِمُ كلَّ مسكينٍ نصفَ صاعٍ من بُرٍّ، أو صاعاً من تمرٍ أو شعيرٍ، أو قيمةَ ذلك.

قال: (وإن ظاهَرَ العبدُ: لم يُجْزِه في الكفارة إلا الصومُ)؛ لأنه لا ملكَ له، فلم يكن من أهلِ التكفير بالمال.

قال: (وإن أعتق المولىٰ، أو أطعم عنه: لم يُجْزِه)؛ لأنه ليس من أهل الملك، فلا يصيرُ مالكاً بتمليكه.

قال: (وإذا لم يستطعِ المظاهِرُ الصيامَ: أطعم ستينَ مسكيناً).

لقوله تعالىٰ: ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾. المجادلة/٤.

(ويُطعِمُ كلَّ مسكينٍ نصفَ صاعٍ من بُرٍّ، أو صاعاً من تمرٍ أو شعيرٍ، أو قيمةَ ذلك).

لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أَوْسِ بن الصامت، وسلمةَ[١] ابنِ صخرٍ رضي الله عنهما: «أَطْعِمْ لكلِّ مسكينٍ نصفَ صاعٍ من بُرٍّ»[٢].

ولأن المعتبرَ دَفْعُ حاجةِ اليومِ لكل مسكينٍ، فيُعتبرُ بصدقة الفطر.

وقولُه: أو قيمةَ ذلك: مذهبُنا، وقد ذكرناه في الزكاة.

---

(١) وقع في نُسخ الهداية: سهل، والصواب: سلمة. ينظر نصب الراية ٣/٢٤٧، البناية ٧/٢٢٣، مقدمة حاشية اللكنوي علىٰ الهداية ١/١٣.

(٢) سنن أبي داود (٢٢١٣)، وينظر الدراية ٢/٧٦، التعريف والإخبار ٣/٧٣.

وإن أَمَرَ غيرَه أن يُطعِمَ عنه مِن ظِهاره، ففَعَلَ: أجزأه.

فإن غدَّاهم وعشَّاهم: جاز، قليلاً كان ما أَكَلُوا، أو كثيراً.

فإن أعطىٰ مَنًّا[1] من بُرٍّ، ومَنَوَيْن من تمرٍ، أو شعيرٍ: جاز؛ لحصول المقصود، إذِ الجنسُ متَّحدٌ.

قال: (وإن أَمَرَ غيرَه أن يُطعِمَ عنه عن ظِهاره، ففَعَلَ: أجزأه)؛ لأنه استقراضٌ معنىً، والفقيرُ قابضٌ له أوَّلاً، ثم لنفسه، فيتحقَّقُ تملُّكُه، ثم تمليكُه.

قال: (فإن غدَّاهم وعشَّاهم: جاز، قليلاً كان ما أَكَلُوا، أو كثيراً).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: لا يجزئه إلا التمليكُ؛ اعتباراً بالزكاة، وصدقةِ الفطر، وهذا لأن التمليكَ أدفعُ للحاجة، فلا تنوبُ مَنَابَه الإباحةُ.

ولنا: أنَّ المنصوصَ عليه هو الإطعامُ، وهو حقيقةٌ في التمكين من الطُّعْم[3]، وفي الإباحة ذلك، كما في التمليك.

أما الواجبُ في الزكاة: الإيتاءُ، وفي صدقةِ الفطر: الأداءُ، وهما للتمليك حقيقةً.

ولو كان فيمَن غدَّاهم وعَشَّاهم صبيٌّ فَطِيْم: لا يجزئه؛ لأنه لا يستوفيه كاملاً.

---

(١) المنُّ: رُبُعُ صاع. حاشية سعدي.

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٦٦.

(٣) بالضم: أي الطعام. البناية ٧/٢٢٦.

وإن أطعَمَ مسكيناً واحداً ستين يوماً : أجزأه .

وإن أعطاه في يومٍ واحدٍ : لم يُجْزه إلا عن يومه .

وإن قَرُبَ التي ظاهَرَ منها في خلال الإطعام : لم يستأنفْ .

ولا بدَّ من الإدام في خبز الشعير؛ ليُمكنَه الاستيفاءُ إلىٰ الشِّبَع.

وفي خبز الحنطة: لا يُشترطُ الإدام.

قال: (**وإن أطعَمَ**[1] مسكيناً واحداً **ستين** يوماً: أجزأه.

وإن أعطاه في يومٍ واحدٍ: لم يُجْزه إلا عن يومه)؛ لأن المقصودَ سدُّ خَلَّة[2] المحتاج، والحاجةُ تتجدَّدُ في كل يومٍ، فالدفعُ إليه في اليوم الثاني: كالدفع إلىٰ غيره.

وهذا في الإباحة: من غير خلافٍ، وأما التمليكُ من مسكينٍ واحدٍ في يومٍ واحدٍ بدَفَعَات: فقد قيل: لا يجزئه، وقد قيل: يجزئه؛ لأن الحاجةَ إلىٰ التمليك تتجدَّدُ في يومٍ واحدٍ.

بخلاف ما إذا دَفَعَ بدَفعةٍ واحدةٍ[3]؛ لأن التفريقَ واجبٌ بالنص.

قال: (وإن قَرُبَ التي ظاهَرَ منها في خلال الإطعام: لم يستأنفْ)؛ لأنه تعالىٰ ما شَرَطَ في الإطعام أن يكون قبلَ المَسيس، إلا أنه يُمنَعَ من المَسِيسِ

---

(١) وفي نُسخ: أعطىٰ.

(٢) وهي الفقر والحاجة. المصباح المنير.

(٣) فإذا جَمَعَ: لا يجزئه إلا عن واحدٍ، كالحاج إذا رمىٰ الحصيات السبع دفعةً واحدة.

وإذا أطعم عن ظهارَيْن ستينَ مسكيناً، كلَّ مسكينٍ صاعاً من بُرٍّ: لم يُجزه إلا عن واحدٍ منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يجزئه عنهما.

وإن أطعم ذلك عن إفطارٍ وظهارٍ: أجزأه عنهما.

قبلَه؛ لأنه ربما يَقدِرُ علىٰ الإعتاق أو علىٰ الصوم، فيقعان بعد المَسِيس، والمنعُ لمعنىً في غيره: لا يُعدِمُ المشروعيةَ في نفسه.

قال: (وإذا أطعم عن ظهارَيْن ستينَ مسكيناً، كلَّ مسكينٍ صاعاً من بُرٍّ: لم يُجزه إلا عن واحدٍ منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يجزئه عنهما.

وإن أطعم ذلك عن إفطارٍ وظهارٍ: أجزأه عنهما[1]).

له: أن بالمؤدَّىٰ: وفاءً بهما، والمصروفُ إليه محلٌّ لهما، فيقعُ عنهما، كما لو اختلف السببُ، أو فَرَّق في الدفع.

ولهما: أن النيةَ في الجنس الواحدِ لَغْوٌ، وفي الجنسَيْن معتبرةٌ.

وإذا لَغَتِ النيةُ، والمؤدَّىٰ يصلُحُ كفارةً واحدةً؛ لأن نصفَ الصاعِ أدنىٰ المقادير، وهو يمنعُ النقصانَ، دون الزيادة: فيقعُ عنها[2]، كما إذا نوىٰ أصلَ الكفارة.

بخلاف ما إذا فَرَّقَ في الدفع؛ لأنه في الدَّفعةِ الثانية: في حُكْمِ مسكينٍ آخَر.

---

(١) بالاتفاق بين أئمة المذهب.

(٢) أي عن الكفارة الواحدة، وفي نُسخ: عن إحداهما.

ومَن وجبتْ عليه كفَّارتا ظهارٍ، فأعتق رقبتَيْن، لا ينوي عن إحداهما بعَيْنها : جاز عنهما.

وكذلك إذا صامَ أربعةَ أشهرٍ، أو أطعم مائةً وعشرين مسكيناً : جاز.

وإن أعتق عنهما رقبةً واحدةً، أو صام شهرَيْن : كان له أن يجعلَ ذلك عن أيَّتهما شاء.

وإن أعتق عن ظهارٍ، وعن قَتْلٍ : لم يُجْزِ عن واحدٍ منهما.

قال: (ومَن وجبتْ عليه كفَّارتا ظهارٍ، فأعتق رقبتَيْن، لا ينوي عن إحداهما بعَيْنها: جاز عنهما.

وكذلك إذا صامَ أربعةَ أشهرٍ، أو أطعم مائةً وعشرين مسكيناً: جاز)؛ لأن الجنسَ متَّحِدٌ، فلا حاجةَ إلىٰ نيَّةٍ معيِّنةٍ.

قال: (وإن أعتق عنهما رقبةً واحدةً، أو صام شهرَيْن: كان له أن يجعلَ ذلك عن أيَّتهما شاء.

وإن أعتق عن ظهارٍ، وعن قَتْلٍ: لم يُجْزِ عن واحدٍ منهما).

وقال زفر رحمه الله: لا يجزئه عن أحدِهما في الفصلين.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: له أن يَجعلَ ذلك عن إحداهما في الفصلَيْن؛ لأن الكفارات كلَّها باعتبار اتحادِ المقصود: جنسٌ واحدٌ.

وجهُ قولِ زفر رحمه الله: أنه أعتَقَ عن كلِّ ظهارٍ نصفَ العبد، وليس له أن يَجعلَ عن أحدِهما بعد ما أعتق عنهما؛ لخروجِ الأمرِ من يده.

---

(١) العزيز ٩/٣٠٥.

. . . .

ولنا: أن نيةَ التعيينِ في الجنسِ المتحدِ: غيرُ مفيدٍ، فتلغو، وفي الجنس المختلِفِ: مفيدٌ، واختلافُ الجنس في الحكم، وهو الكفارةُ ها هنا، باختلاف السبب.

نظيرُ الأول: إذا صام يوماً في قضاءِ رمضان عن يومين: يجزئه عن قضاءِ يومٍ واحد.

ونظيرُ الثاني: إذا كان عليه صومُ القضاءِ، والنذرِ: فإنه لا بُدَّ فيها[1] من التمييز، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي في هذه الصورة، وفي نُسخ: فيه.

باب اللِّعَان

وإذا قَذَفَ الرجلُ امرأتَه بالزنا، وهما من أهلِ الشهادة، والمرأةُ ممن يُحَدُّ قاذِفُها، أو نفىٰ نَسَبَ ولدِها، وطالبَتْه بموجَبِ القذف: فعليه اللعانُ.

باب اللِّعَان

قال: (وإذا قَذَفَ الرجلُ امرأتَه بالزنا، وهما من أهلِ الشهادة[1]، والمرأةُ ممن يُحَدُّ قاذِفُها، أو نفىٰ نَسَبَ ولدِها، وطالبَتْه بموجَبِ القذف: فعليه اللعانُ).

والأصلُ أن اللعانَ عندنا: شهاداتٌ مؤكَّدات بالأَيْمان، مقرونةٌ باللعن والغضب، قائمةٌ مَقامَ حَدِّ القذف في حَقِّه، ومَقامَ حَدِّ الزنا في حَقِّها؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾. النور/٦.

والاستثناءُ إنما يكونُ من الجنس.

وقال الله تعالىٰ: ﴿فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾. النور/٦، نَصَّ علىٰ الشهادة واليمين، فقلنا: الركنُ: هو الشهادةُ المؤكَّدةُ باليمين.

ثم قَرَنَ الركنَ في جانبه[2] باللعن لو كان كاذباً، وهو قائمٌ مَقامَ حدِّ القذف.

---

(١) يعني من أهل أدائها، ولهذا لا يجري اللعان بين مملوكين أو أحدهما صبيٌّ أو مملوكٌ أو مجنونٌ أو محدود في قذف أو كافر.

(٢) أي في جانب الزوج.

فإن امتنع منه: حَبَسَه الحاكمُ حتى يُلاعِنَ، أو يُكْذِبَ نفسَه، فيُحَدَّ حدَّ القذف.

وفي جانبها بالغَضَب[1]، وهو قائمٌ مَقامَ حدِّ الزنا.

إذا ثبت هذا فنقولُ: لا بدَّ أن يكونا من أهلِ الشهادة؛ لأن الركنَ فيه الشهادةُ.

ولا بدَّ أن تكون هي ممن يُحَدُّ قاذِفُها؛ لأنه قائمٌ في حَقِّه مَقامَ حدِّ القذف، فلا بدَّ من إحصانها.

ويجبُ[2] بنفي الولدِ: لأنه لَمَّا نفىٰ ولدَها: صار قاذِفاً لها ظاهراً.

ولا يُعتبرُ احتمالُ أن يكونَ الولدُ من غيرِه بالوطء عن شُبْهةٍ، كما إذا نفىٰ أجنبيٌّ نسبَه عن أبيه المعروف.

وهذا لأن الأصلَ في النسب: الفراشُ الصحيحُ، والفاسدُ مُلْحَقٌ به، فنَفْيُه عن الفراشِ الصحيح: قَذْفٌ، حتىٰ يَظهَرَ المُلْحَقُ به.

ويُشترطُ طَلَبُها: لأنه حقُّها، فلا بدَّ من طلبِها، كسائر الحقوق.

قال: (فإن امتنع منه: حَبَسَه الحاكمُ حتى يُلاعِنَ، أو يُكْذِبَ[3] نفسَه، فيُحَدَّ حدَّ القذف)؛ لأنه حقٌّ مستَحَقٌّ عليه، وهو قادرٌ علىٰ إيفائه، فيُحبَسُ به حتىٰ يأتيَ بما هو عليه، أو يُكْذِبَ نفسَه؛ ليرتفعَ السببُ.

---

(١) أي قَرَنَ شهادتها بالغضب.

(٢) أي يجب اللعان.

(٣) وضُبط أيضاً: يُكَذِّبَ.

ولو لاعَنَ: وَجَبَ عليها اللعانُ.

فإن امتنَعَتْ: حَبَسَها الحاكمُ حتىٰ تلاعِنَ، أو تُصدِّقَه.

وإذا كان الزوجُ عبداً، أو كافراً، أو محدوداً في قذفٍ، فقَذَفَ امرأتَه: فعليه الحدُّ.

وإن كان هو من أهلِ الشهادة، وهي أَمَةٌ، أو كافرةٌ، أو . . . .

قال: (ولو لاعَنَ: وَجَبَ عليها اللعانُ)؛ لِمَا تلونا من النصِّ، إلا أنه يُبتَدأ بالزوج؛ لأنه هو المدَّعي.

قال: (فإن امتنَعَتْ: حَبَسَها الحاكمُ حتىٰ تلاعِنَ، أو تُصدِّقَه[1])؛ لأنه حقٌّ مستَحَقٌّ عليها، وهي قادرةٌ على إيفائه، فتُحبَسُ فيه.

قال: (وإذا كان الزوجُ عبداً، أو كافراً[2]، أو محدوداً في قذفٍ، فقَذَفَ امرأتَه: فعليه الحدُّ)؛ لأنه تعذَّر اللعانُ لمعنىً من جهته، فيُصارُ إلىٰ الموجَبِ الأصلي، وهو الثابتُ بقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾. الآية. النور/٤، واللعانُ خَلَفٌ عنه.

قال: (وإن كان هو من أهلِ الشهادة[3]، وهي[4] أَمَةٌ، أو كافرةٌ، أو

---

(١) ولا تُحدُّ إن صدَّقته؛ لأن التصديق ليس بإقرار، حتىٰ لو صدَّقته أربع مرات: لا تُحدُّ؛ لأنه ليس بإقرار. ينظر تبيين الحقائق ١٦/٣.

(٢) بأن كان الزوجان كافرين، فأسلمت المرأةُ، فقَذَفَها الزوج قبل عَرْضِ الإسلام عليه. البناية ٢٣٨/٧.

(٣) أي الزوج.

(٤) أي والزوجة أمةٌ.

محدودةٌ في قذفٍ، أو كانت ممن لا يُحَدُّ قاذِفُها : فلا حدَّ عليه، ولا لعانَ.

وصفةُ اللعانِ : أن يبتدئَ القاضي بالزوج، فيَشهدَ أربعَ مراتٍ، يقولُ في كل مرةٍ : أشهدُ بالله إني لمَن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا، ويقولُ في الخامسة : لعنةُ الله عليه إن كان من الكاذبِيْنَ فيما رماها به من الزنا، يُشيرُ إليها في جميع ذلك.

محدودةٌ في قذفٍ، أو كانت ممن لا يُحَدُّ قاذِفُها)، بأن كانت صبيَّةً، أو مجنونةً، أو زانيةً: (فلا حدَّ عليه، ولا لعانَ)؛ لانعدام أهليةِ الشهادة، وعدمِ الإحصان في جانبها.

وامتناعُ اللعان: لمعنىً من جهتها، فيسقطُ الحدُّ، كما إذا صدَّقَتْه.

والأصلُ في ذلك: قولُه عليه الصلاة والسلام: «أربعةٌ لا لعانَ بينهم وبين أزواجِهم: اليهوديةُ، والنصرانيةُ تحتَ المسلم، والمملوكةُ تحت الحرِّ، والحرةُ تحت المملوك»[١].

ولو كانا محدودَيْن في قذفٍ: فعليه الحدُّ؛ لأن امتناعَ اللعانِ: لمعنىً من جهته، إذ هو ليس من أهله.

قال: (وصفةُ اللعانِ: أن يبتدئَ القاضي بالزوج، فيَشهدَ أربعَ مراتٍ، يقولُ في كل مرةٍ: أشهدُ بالله إني لمَن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا، ويقولُ في الخامسة: لعنةُ الله عليه إن كان من الكاذبِيْنَ فيما رماها به من الزنا، يُشيرُ إليها في جميع ذلك.

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٠٧١)، سنن الدارقطني (٣٣٣٩)، مرفوعاً وموقوفاً، ورجح الدارقطني وقفه. الدراية ٢/٧٦.

ثم تَشهدُ المرأةُ أربعَ مراتٍ، تقولُ في كلِّ مرةٍ: أشهدُ بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقولُ في الخامسة: غَضَبُ اللهِ عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا.

فإذا التَعَنَا: لا تقعُ الفُرْقةُ بينهما حتىٰ يُفرِّقَ القاضي بينهما.

ثم تَشهدُ المرأةُ أربعَ مراتٍ، تقولُ في كلِّ مرةٍ: أشهدُ بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقولُ في الخامسة: غَضَبُ اللهِ عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا).

والأصلُ: فيه ما تلونا من النصِّ.

ورویٰ الحسنُ عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يأتي بلفظةِ المواجهة، يقول: فيما رميتُكِ به من الزنا؛ لأنه أقطعُ للاحتمال.

وَجْهُ ما ذَكَرَ في «الكتاب»: أن لفظةَ المغايَبَة إذا انضمَّتْ إليها الإشارةُ: انقطع الاحتمالُ.

قال: (فإذا التَعَنَا: لا تقعُ الفُرْقةُ بينهما حتىٰ يُفرِّقَ القاضي[1] بينهما).

وقال زفر رحمه الله: تقعُ بتلاعنهما؛ لأنه تثبتُ الحُرمة المؤبَّدةُ بالحديث.

ولنا: أن ثبوتَ الحُرمةِ يُفوِّتُ الإمساكَ بالمعروف، فيَلزمُه التسريحُ بالإحسان، فإذا امتنع: ناب القاضي مَنابَه؛ دفعاً للظلم.

دلَّ عليه قولُ ذلك الملاعِنِ عند النبيِّ عليه الصلاة والسلام: «كَذَبْتُ عليها يا رسولَ الله! إن أمسكتُها: فهي طالقٌ ثلاثاً»[2]، قاله بعد اللعان.

---

(١) وفي نُسخ: الحاكم.

(٢) صحيح البخاري (٤٧٤٧)، صحيح مسلم (١٤٩٢).

وتكون الفُرقةُ تطليقةً بائنةً عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله، وهو خاطِبٌ إذا أكذب نفسَه عندهما.

وقال أبو يوسف رحمه الله : هو تحريمٌ مؤبَّدٌ.

قال: (وتكون الفُرقةُ تطليقةً بائنةً عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله)؛ لأن فِعْلَ القاضي انتَسَبَ إليه، كما في العِنِّين.

(وهو خاطِبٌ[1] إذا أكذب نفسَه عندهما.

وقال أبو يوسف رحمه الله: هو تحريمٌ مؤبَّدٌ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[2]، نَصَّ علىٰ التأبيد.

ولهما: أن الإكذابَ رجوعٌ، والشهادةُ بعد الرجوع لا حُكْمَ لها.

ولا يجتمعان ما داما[3] متلاعنَيْن، ولم يَبْقَ التلاعنُ ولا حُكْمُه بعد الإكذاب، فيجتمعان.

---

(١) هذه مسألةٌ مبتَدَأَةٌ، أي هذا الرجل بعد الإكذاب: صار خاطِباً من الخُطَّاب، أي يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها، فعليه الحدُّ بإكذاب نفسه. البناية ٢٤٦/٧.

(٢) مرفوعاً في سنن أبي داود (٢٢٤٤)، وسنن البيهقي ٤٠٩/٧، ونقل الزيلعي في نصب الراية ٢٥١/٣ عن ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قال: إسناده جيد. اهـ، وفي الدراية لابن حجر ٧٦/٢: وإسناده لا بأس به، في حين أن العيني في البناية ٢٤٤/٧، جعله موقوفاً علىٰ جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، وأنه لم يُرْوَ مرفوعاً، وينظر فتح الباري ٤٥٢/٩، والنكت الطريفة للكوثري ص ٤٩، مما يؤكد وقفه، وينظر العناية للبابرتي ١٢٠/٤.

(٣) وفي نُسخ: ما كانا.

ولو كان القذفُ بنفي ولدٍ : نفىٰ القاضي نَسَبَه، وأَلْحَقَه بأُمِّه.

فإن عاد الزوجُ، وأكذب نفسَه : حَدَّه القاضي.

قال: (ولو كان القذفُ بنفي ولدٍ[١]: نفىٰ القاضي نَسَبَه، وأَلْحَقَه بأُمِّه).

وصورةُ اللعان فيه: أن يأمرَ الحاكمُ الرجلَ، فيقولَ أربع مراتٍ: أشهدُ بالله إني لمن الصادقين فيما رميتُكِ به من نفيِ الولد.

وكذا في جانبِ المرأة.

ولو قَذَفَها بالزنا، ونَفْيِ الولدِ: ذَكَرَ في اللعانِ الأمرَيْن جميعاً.

ثم ينفي القاضي نسبَ الولدِ، ويُلحِقُه بأُمِّه؛ لِمَا رُوِيَ أن النبي عليه الصلاة والسلام نفىٰ ولدَ امرأةِ هلالِ بنِ أُميةَ عن هلالٍ رضي الله عنهما، وألحَقَه بها[٢].

ولأن المقصودَ من هذا اللعان: نفيُ الولد، فيوفَّرُ عليه مقصودُه، فيتضمَّنُه القضاءُ بالتفريق.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن القاضي يُفرِّقُ، ويقولُ: قد ألزمتُه أمَّه، وأخرجتُه من نَسَبِ الأب؛ لأنه يَنفكُّ عنه، فلا بدَّ من ذِكْره.

قال: (فإن عاد الزوجُ، وأكذب نفسَه: حَدَّه القاضي)؛ لإقراره بوجوب الحدِّ عليه.

---

(١) وفي نُسَخ: فإن كان القذف بولد.

(٢) سنن أبي داود (٢٢٥٦)، مسند أحمد (٢١٣١)، وينظر صحيح البخاري (٤٧٤٨)، صحيح مسلم (١٤٩٦)، نصب الراية ٣/٢٥١.

وحَلَّ له أن يتزوَّجها.

وكذلك إن قَذَفَ غيرَها، فحُدَّ به، وكذا إذا زَنَتْ، فحُدَّتْ.

وإذا قَذَفَ الرجلُ امرأتَه وهي صغيرةٌ، أو مجنونةٌ: فلا لعانَ بينهما.

وكذا إذا كان الزوجُ صغيراً، أو مجنوناً.

وقَذْفُ الأخرسِ: لا يَتعلَّقُ به اللعانُ.

(وحَلَّ له أن يتزوَّجها)، وهذا عندهما؛ لأنه لَمَّا حُدَّ: لم يَبْقَ أهلاً للِّعان، فارتفَعَ بحكْمِه المنوطِ به[1]، وهو التحريمُ.

قال: (وكذلك إن قَذَفَ غيرَها، فحُدَّ به)؛ لِمَا بيَّنَّا.

(وكذا إذا زَنَتْ، فحُدَّتْ)؛ لانتفاء أهليةِ اللعانِ من جانبها.

قال: (وإذا قَذَفَ الرجلُ امرأتَه وهي صغيرةٌ، أو مجنونةٌ: فلا لعانَ بينهما)؛ لأنه لا يُحَدُّ قاذِفُها لو كان أجنبياً، فكذا لا يلاعِنُ الزوجُ؛ لقيامِه مَقامَه.

(وكذا إذا كان الزوجُ صغيراً، أو مجنوناً)؛ لعدم أهليةِ الشهادة.

قال: (وقَذْفُ الأخرسِ: لا يَتعلَّقُ به اللعانُ)؛ لأنه يتعلَّقُ بالصريح، كحَدِّ القذف.

وفيه خلافُ الشافعي[2] رحمه الله.

وهذا لأنه لا يَعرَىٰ عن الشُّبْهة، والحدودُ تندرِئُ بها.

---

(١) أي ارتفع اللعان مع حكمه المتعلق به، وهو التحريم. البناية ٧/ ٢٥٠.

(٢) أي يحدُّ لو كان إشارته مفهومة. المجموع ٢٠/ ٧٠.

وإذا قال الزوجُ : ليس حَمْلُكِ مني : فلا لعانَ بينهما .

فإن قال لها : زنيتِ، وهذا الحَمْلُ من الزنا : تلاعَنَا، ولم يَنْفِ القاضي الحَمْلَ .

قال: (وإذا قال الزوجُ: ليس حَمْلُكِ مني: فلا لعانَ بينهما)، وهذا قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، لأنه لا يُتيقَّنُ بقيام الحَمْل، فلم يَصِرْ قاذفاً لها.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: اللعانُ يجبُ بنفي الحَمْلِ إذا جاءت به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ، وهو معنىٰ ما ذُكِرَ في «الأصل»؛ لأنَّا تيقَّنَّا بقيام الحَمْلِ عنده، فيَتحقَّقُ القذفُ.

قلنا: إذا لم يكن قَذْفاً في الحال: يصيرُ كالمعلَّق بالشرط، فيصيرُ كأنه قال: إن كان بكِ حَمْلٌ: فليس مني، والقذفُ لا يصحُّ تعليقُه بالشرط.

قال: (فإن قال لها: زنيتِ، وهذا الحَمْلُ من الزنا: تلاعَنَا)؛ لوجود القذف؛ حيث ذَكَرَ الزنا صريحاً.

(ولم يَنْفِ القاضي الحَمْلَ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: ينفيه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نفىٰ الولدَ عن هلالٍ رضي الله عنه، وقد قَذَفَها حاملاً[2].

ولنا: أن الأحكامَ لا تترتَّبُ عليه[3] إلا بعد الولادة؛ لتمكُّنِ الاحتمالِ قبلَه.

والحديثُ محمولٌ علىٰ أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم عَرَفَ قيامَ الحَمْلِ بطريق الوحي.

---

(١) المهذب ٢/ ٨٥.

(٢) تقدم الحديث قبل قليل.

(٣) أي علىٰ الحمل.

وإذا نفىٰ الرجلُ ولدَ امرأتِه عَقِيبَ الولادة، أو في الحالةِ التي تُقبَلُ التهنئةُ، وتُبتَاعُ آلةُ الولادةِ: صحَّ نفيُه، ولاعَنَ به.

وإن نفاه بعد ذلك: لاعَنَ، ويثبتُ النسبُ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يصحُّ نفيُه في مدة النفاس.

وإذا وَلَدَتْ ولدَيْن في بَطْنٍ واحدٍ، فنفىٰ الأولَ، واعترف بالثاني: ثبتُ نسبُهما منه.

قال: (وإذا نفىٰ الرجلُ ولدَ امرأتِه عَقِيبَ الولادة، أو في الحالةِ التي تُقبَلُ التهنئةُ، وتُبتَاعُ آلةُ الولادةِ: صحَّ نفيُه، ولاعَنَ به.

وإن نفاه بعد ذلك: لاعَنَ، ويثبتُ النسبُ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يصحُّ نفيُه في مدة النفاس)؛ لأن النفيَ يصحُّ في مدةٍ قصيرةٍ، ولا يصحُّ في مدةٍ طويلةٍ، ففَصَلْنا بينهما بمدة النفاس؛ لأنه أَثَرُ الولادة.

وله: أنه لا معنىٰ للتقدير؛ لأن الزمانَ للتأمُّلِ، وأحوالُ الناس فيه مختلفةٌ، فاعتبرنا ما يدلُّ عليه، وهو قَبولُه التهنئةَ، أو سكوتُه عند التهنئة، أو ابتياعُه متاعَ الولادة، أو مُضِيُّ ذلك الوقت، فهو ممتنعٌ عن النفي.

ولو كان غائباً، ولم يعلم بالولادة، ثم قَدِمَ: تُعتبرُ المدةُ التي ذكرناها علىٰ الأصلَيْن.

قال: (وإذا وَلَدَتْ ولدَيْن في بَطْنٍ واحدٍ، فنفىٰ الأولَ، واعترف بالثاني: ثبتُ نسبُهما منه)؛ لأنهما توأمان خُلِقا من ماءٍ واحد.

وحُدَّ الزوجُ.

وإن اعترف بالأول، ونفىٰ الثاني: ثبت نسبُهما منه، ولاعَنَ.

(وحُدَّ الزوجُ)؛ لأنه أكذَبَ نفسَه بدعوىٰ الثاني.

(وإن اعترف بالأول، ونفىٰ الثاني: ثبت نسبُهما منه)؛ لِمَا ذكرنا.

(ولاعَنَ)؛ لأنه قاذِفٌ بنفي الثاني، ولم يرجع عنه.

والإقرارُ بالعِفَّة: سابقٌ علىٰ القذف، فصار كما إذا قال: إنها عفيفةٌ، ثم قال: هي زانيةٌ، وفي ذلك التلاعنُ، فكذا هذا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب
العِنِّين، وغيره

وإذا كان الزوجُ عِنِّيناً: أجَّلَه الحاكمُ سَنَةً، فإن وَصَلَ إليها: فهي امرأتُه، وإلا: فَرَّقَ بينهما إذا طَلَبَتِ المرأةُ ذلك.

باب العِنِّين، وغيره

قال: (وإذا كان الزوجُ عِنِّيناً[١]: أجَّلَه الحاكمُ سَنَةً، فإن وَصَلَ إليها: فهي امرأتُه[٢]، وإلا: فَرَّقَ بينهما إذا طَلَبَتِ المرأةُ ذلك).

هكذا رُوي عن عمر وعليٍّ وابنِ مسعود رضي الله تعالىٰ عنهم أجمعين[٣].

ولأن الحقَّ ثابتٌ لها في الوطء.

ويحتملُ أن يكون الامتناعُ لعلَّةٍ معترِضةٍ، ويحتملُ لآفةٍ أصليةٍ، فلا بدَّ من مدةٍ مُعرِّفةٍ لذلك، فقدَّرناها بالسَّنَة؛ لاشتمالها علىٰ الفصول الأربعة المختلفة.

---

(١) العِنِّين: مَن لا يَقدِرُ علىٰ إتيان النساء لمرضٍ. البناية ٧/٢٥٨.

(٢) هكذا: فهي امرأتُه: في نسخة سعدي، وكتب عليها: صح، وفي النسخة المضمنة في البناية ٧/٢٥٩: فإن وصل إليها: فبها، وإلا: فرَّق بينهما، وشَرَحَ العينيُّ كلمةَ: فبها: بقوله: فلا كلامَ، وأما غالب النسخ الخطية للهداية ففيها: فإن وصل إليها: وإلا: فَرَّق بينهما.

(٣) عزا هذه الآثار في الدراية ٢/٧٧ لمصنَّف عبد الرزاق، ومصنَّف ابن أبي شيبة وغيرهما.

وتلك الفُرقةُ تطليقةٌ بائنةٌ.

ولها كمالُ مهرِها إن كان خَلا بها، وتجبُ العِدَّةُ.

فإذا مَضَتِ المدةُ، ولم يَصِلْ إليها: تبيَّنَ أن العجزَ بآفةٍ أصليةٍ، ففات الإمساكُ بالمعروف، ووَجَبَ عليه التسريحُ بالإحسان.

فإذا امتنع عنه[1]: نابَ القاضي مَنابَه، ففرَّقَ بينهما.

ولا بدَّ من طَلَبِها؛ لأن التفريقَ حَقُّها.

قال: (وتلك الفُرقةُ تطليقةٌ بائنةٌ)؛ لأن فِعْلَ القاضي أُضِيْفَ إلىٰ الزوج، فكأنه طلَّقَها بنفسه، وقال الشافعي رحمه الله: هو فَسْخٌ[2].

لكنَّ النكاحَ لا يقبلُ الفسخَ عندنا[3].

وإنما تقعُ بائنةً؛ لأن المقصودَ وهو دَفْعُ الظلم عنها: لا يحصلُ إلا بها، لأنها لو لم تكنْ بائنةً: تعودُ معلَّقةً بالمراجعة.

قال: (ولها كمالُ مهرِها إن كان خَلا بها)؛ فإنَّ خَلْوَةَ العِنِّين صحيحةٌ.

(وتجبُ العِدَّةُ)؛ لِمَا بيَّنَّا من قبل.

هذا إذا أقرَّ الزوجُ أنه لم يَصِلْ إليها.

---

(١) أي عن التطليق بعدما أمر القاضي به.

(٢) أي وليس بطلاق، فلا مهر لها، ولا عدة عليها. الحاوي الكبير ٩/ ٣٧٥.

(٣) يعني بعد تمام العقد، أما قبل تمامه: فيقبل ذلك، كما في خيار البلوغ، وخيار العتاقة. البناية ٧/ ٢٦١، وعلَّق العلامة سعدي علىٰ العناية ٤/ ١٣٠، وكذلك علىٰ نسخته من الهداية بقوله: ولعل الشافعي ينازع في التمام. اهـ

ولو اختلف الزوجُ والمرأةُ في الوصول إليها: فإن كانت ثيباً: فالقولُ قولُه مع يمينِه، وإن كانت بِكْراً: نَظَرَ إليها النساءُ، فإن قُلْنَ: هي بِكْرٌ: أُجِّلَ سَنَةً.

وإن قُلْنَ: هي ثيِّبٌ: يُحَلَّفُ الزوجُ، فإن حَلَفَ: لا حَقَّ لها، وإن نَكَلَ: يؤجَّلُ سَنَةً.

وإن كان مَجْبوباً: فَرَّقَ القاضي بينهما في الحال إن طَلَبَتْ.

والخَصِيُّ: يؤجَّلُ كما يؤجَّلُ العِنِّين.

قال: (ولو اختلف الزوجُ والمرأةُ في الوصول إليها: فإن كانت ثيباً: فالقولُ قولُه مع يمينه)؛ لأنه يُنكِرُ استحقاقَ حَقِّ الفُرقة، والأصلُ هو السلامةُ في الجِبِلَّة[1]، ثم إن حَلَفَ: بَطَلَ حقُّها، وإن نَكَلَ: يُؤجَّل سَنَة.

قال: (وإن كانت بِكْراً: نَظَرَ إليها النساءُ[2]، فإن قُلْنَ: هي بِكْرٌ: أُجِّلَ سَنَةً)؛ لظهور كَذِبه.

قال: (وإن قُلْنَ: هي ثيِّبٌ: يُحَلَّفُ الزوجُ، فإن حَلَفَ: لا حَقَّ لها، وإن نَكَلَ: يؤجَّلُ سَنَةً.

وإن كان مَجْبوباً[3]: فَرَّقَ القاضي بينهما في الحال إن طَلَبَتْ)؛ لأنه لا فائدةَ في التأجيل.

قال: (والخَصِيُّ[4]: يؤجَّلُ كما يؤجَّلُ العِنِّين)؛ لأنَّ وطأه مَرْجُوٌّ.

---

(١) أي سلامة الآلة في أصل الخِلقة. البناية ٧/٢٦٢.

(٢) والواحدةُ في النظر تكفي، والاثنتان: أحوط. البناية ٧/٢٦٢.

(٣) وهو الذي استُؤصل ذَكَره وخصيتاه. البناية ٧/٢٦٢.

(٤) وهو مَن إذا سُلَّتَ خُصْيَتيه.

وإذا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنَةً، وقال: قد جامعتُها، وأنكرَتْ: نَظَرَ إليها النساءُ، فإن قُلْنَ: هي بِكْرٌ: خُيِّرتْ.

وإن قُلْنَ: هي ثيِّبٌ: حُلِّفَ الزوجُ، فإن نَكَلَ: خُيِّرتْ، وإن حَلَفَ: لا تُخيَّرُ، وإن كانت ثيِّباً في الأصلِ: فالقولُ قولُه مع يمينه.

وإن قال بعد الحول: لم أجامِعْها: خُيِّرت، فإن اختارت زوجَها: لم يكن لها بعدَ ذلك خيارٌ.

قال: (وإذا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنَةً، وقال: قد جامعتُها، وأنكرَتْ: نَظَرَ إليها النساءُ، فإن قُلْنَ: هي بِكْرٌ: خُيِّرتْ)؛ لأن شهادتَهنَّ تأيَّدَتْ بمؤيِّدٍ، وهي البكارَةُ.

(وإن قُلْنَ: هي ثيِّبٌ: حُلِّفَ الزوجُ، فإن نَكَلَ: خُيِّرتْ)؛ لتأيُّدِها بالنكول.

(وإن حَلَفَ: لا تُخيَّرُ.

وإن كانت ثيِّباً في الأصلِ: فالقولُ قولُه مع يمينه)، وقد ذكرناه.

(وإن قال بعدَ الحَوْل: لم أجامِعْها: خُيِّرت، فإن اختارت زوجَها: لم يكن لها بعدَ ذلك خيارٌ)؛ لأنها رضيتْ ببطلان حقِّها.

وفي التأجيل: تُعتبرُ السَّنَةُ القَمَريةُ، هو الصحيحُ.

وتُحتَسَبُ بأيام الحَيْض[1]، وبشهر رمضان؛ لوجود ذلك في السَّنَة.

ولا تُحتسَبُ[2] بمرضه، ومرضها؛ لأن السَّنَةَ قد تخلو عنه.

---

(١) يعني لا يُعوَّض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل. البناية ٧/٢٦٤.

(٢) أي المدة.

وإذا كان بالزوجةِ عيبٌ: فلا خيارَ للزوج.

وإذا كان بالزوج جُنُونٌ، أو بَرَصٌ، أو جُذَامٌ: فلا خيارَ لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

قال: (وإذا كان بالزوجةِ عيبٌ: فلا خيارَ للزوج).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: تُرَدُّ بالعيوب الخمسة، وهي: الجُذَام، والبَرَصُ، والجنونُ، والرَّتَقُ[2]، والقَرْنُ[3]؛ لأنها تَمنعُ الاستيفاءَ، حِسّاً أو طَبْعاً، والطَّبْعُ مؤيَّدٌ بالشرع.

قال عليه الصلاة والسلام[4]: «فِرَّ من المَجْذومِ فِرَارَك من الأسد»[5].

ولنا: أنَّ فَوْتَ الاستيفاءِ أصلاً بالموت: لا يوجِبُ الفسخَ، فاختلالُه بهذه العيوب أَوْلىٰ.

وهذا لأن الاستيفاءَ من الثمرات، والمُستَحَقُّ هو التمكُّنُ، وهو حاصلٌ.

قال: (وإذا كان بالزوج جُنُونٌ، أو بَرَصٌ، أو جُذَامٌ: فلا خيارَ لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) الحاوي الكبير ٣٤٢/٩، ٣٤٦.

(٢) مصدر من قولك: امرأةٌ رتقاء: التي لا يُستطاع جماعُها؛ لانسداد ذلك الموضع، وليس لها نَقْب سوىٰ المَبال. ينظر البناية ٢٦٥/٧.

(٣) بسكون الراء: وهو مانعٌ يمنع من سلوك الذَّكَر الفرجَ، من عَظْمٍ ونحوه.

(٤) هذا الحديث دليلٌ من الشرع يوافق الطبع.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه تعليقاً (٥٧٠٧)، وبيَّن ابن حجر في الفتح ٤٦/١٠ مَن وَصَلَه.

وقال محمدٌ رحمه الله : لها الخيارُ.

وقال محمدٌ رحمه الله: لها الخيارُ)؛ دفعاً للضرر عنها، كما في الجَبِّ والعُنَّة.

بخلاف جانبِه؛ لأنه متمكِّنٌ من دَفْعِ الضرر بالطلاق.

ولهما: أن الأصلَ عدمُ الخيار؛ لِمَا فيه من إبطالِ حَقِّ الزوج.

وإنما يثبتُ[1] في الجَبِّ، والعُنَّة؛ لأنهما يُخِلاَّن بالمقصود المشروعِ له النكاحُ، وهذه العيوبُ غيرُ مُخِلَّةٍ به، فافترقا، والله أعلمُ بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي الخيار.

باب العِدَّة

وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقاً بائناً، أو رجعياً، أو وَقَعَتِ الفُرقةُ بينهما بغير طلاقٍ، وهي حُرَّةٌ، ممن تحيضُ: فعِدَّتُها ثلاثةُ أقراءٍ.

والأقراءُ: الحِيَضُ.

باب العِدَّة

قال: (وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقاً بائناً، أو رجعياً، أو وَقَعَتِ الفُرقةُ بينهما بغير طلاقٍ[1]، وهي حُرَّةٌ، ممن تحيضُ: فعِدَّتُها ثلاثةُ أقراءٍ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾. البقرة/ ٢٢٨.

والفُرقةُ إذا كانت بغير طلاقٍ: فهيَ في معنىٰ الطلاق؛ لأن العِدَّةَ وَجَبَتْ للتعرُّف عن براءة الرَّحِمِ في الفُرْقة الطارئةِ علىٰ النكاح، وهذا يتحقَّقُ فيها.

قال: (والأقراءُ: الحِيَضُ) عندنا، وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: الأطهارُ.

واللفظُ حقيقةٌ فيهما، إذ هو من الأضداد، كذا قاله ابنُ السِّكِّيت[3] رحمه الله.

---

(١) مثل الفرقة بخيار البلوغ، والعَتاقة، وعدم الكفاءة، والفرقة في النكاح الفاسد، والردة. البناية ٥/ ٢٧٠.

(٢) أسنىٰ المطالب ٣/ ٣٩٠.

(٣) يعقوب بن إسحاق، إمامٌ في اللغة والأدب، صاحب المؤلفات المهمة الشهيرة، منها: إصلاح المنطق، ت ٢٤٤هـ، الأعلام ٨/ ١٩٥.

وإن كانت المرأةُ لا تحيضُ من صِغَرٍ أو كِبَرٍ: فعدَّتُها ثلاثةُ أشهُرٍ.
وكذا التي بَلَغَتْ بالسِّنِّ، ولم تَحِضْ.
وإن كانت حاملاً: فعدَّتُها أن تضعَ حملَها.

ولا ينتظمُهما جملةً؛ للاشتراك.

والحَمْلُ علىٰ الحِيَض أَوْلىٰ، إما عملاً بلفظ الجمع؛ لأنه لو حُمِلَ علىٰ الأطهار، والطلاقُ يوقَعُ في طُهْرٍ[1]: لم يَبْقِ جَمْعاً.

أو لأنه معرِّفٌ لبراءة الرحم، وهو المقصودُ.

أو لقوله عليه الصلاة والسلام: «وعِدَّةُ الأمة حيضتان»[2]، فيَلحَقُ[3] بياناً به[4].

قال: (وإن كانت المرأةُ لا تحيضُ من صِغَرٍ أو كِبَرٍ: فعدَّتُها ثلاثةُ أشهُرٍ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾. الآية. الطلاق/٤.

(وكذا التي بَلَغَتْ بالسِّنِّ، ولم تَحِضْ)، بآخِرِ الآية[5].

قال: (وإن كانت حاملاً: فعدَّتُها أن تضعَ حملَها)؛ لقوله تعالىٰ:

---

(١) ويُحسَبُ، فيكون أقل من الثلاث، فلم يبق جمعاً. ينظر البناية ٢٧٤/٧.

(٢) سنن أبي داود (٢١٨٩)، سنن ابن ماجه (٢٠٧٩)، وهو ضعيف، كما في البدر المنير ٥٦٧/١٩، وله عدة طرق وألفاظ، وينظر الدراية ٧٠/٢، التعريف والإخبار ٤٦/٣، وتقدم.

(٣) أي هذا الحديث.

(٤) أي وخبرُ الآحاد هذا وإن كان لا تصلح الزيادة به علىٰ الكتاب، وتخصيصه به، إلا أنه يصلح بياناً لِمَا فيه من الإجمال والاشتراك في قوله تعالىٰ: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾. ينظر البناية ٢٧٥/٧.

(٥) أي قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾؛ لأنها داخلة فيه؛ لأنها لم تحض بعد.

وإن كانت أمةً : فعِدَّتُها حيضتان.

وإن كانت لا تحيضُ : فعِدَّتُها شهرٌ ونصفٌ.

وعِدَّةُ الحرَّةِ في الوفاة : أربعةُ أشهرٍ وعَشْرةُ أيام.

وعِدَّةُ الأمة : شهران وخمسةُ أيامٍ.

﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾. الطلاق/ ٤.

قال: (وإن كانت أمةً: فعِدَّتُها حيضتان)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «طلاقُ الأمةِ تطليقتان، وعدَّتُها حيضتان»[1].

ولأن الرِّقَّ مُنَصِّفٌ، والحيضةُ لا تتجزَّأ، فكَمُلتْ، فصارت حيضتَيْن.

وإليه أشار عمرُ رضي الله عنه بقوله: «لو استطعتُ لجعلتُها حيضةً ونصفاً»[2].

قال: (وإن كانت[3] لا تحيضُ: فعِدَّتُها شهرٌ ونصفٌ)؛ لأنه متجزِّئٌ، فأمكنَ تنصيفُه؛ عملاً بالرِّقِّ.

قال: (وعِدَّةُ الحرَّةِ في الوفاة: أربعةُ أشهرٍ وعَشْرةُ أيام)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾. البقرة/ ٢٣٤.

قال: (وعِدَّةُ الأمة: شهران وخمسةُ أيامٍ)؛ لأن الرِّقَّ مُنَصِّفٌ.

---

(١) تقدم قريباً جداً.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٢٨٧٤)، الدراية ٢/ ٧٨.

(٣) أي الأمة.

وإن كانت حاملاً: فعِدَّتُها أن تضعَ حَمْلَها.

وإذا وَرِثَتِ المطلَّقةُ في المرض: فعِدَّتُها أبعدُ الأجلَيْن، وهذا. . . .

(وإن كانت[١] حاملاً: فعِدَّتُها أن تضعَ حَمْلَها)؛ لإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾. الطلاق/ ٤.

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «مَن شاءَ باهلتُه[٢] أنَّ سورةَ النساء القُصرىٰ[٣] نزلت بعد الآيةِ التي في سورة البقرة[٤]»[٥].

وقال عمرُ رضي الله عنه: «لو وَضَعَتْ وزوجُها علىٰ سريرِه: لانقَضَتْ عدَّتُها، وحَلَّ لها أن تتزوج»[٦].

قال: (وإذا وَرِثَتِ المطلَّقةُ في المرض: فعِدَّتُها أبعدُ الأجلَيْن، وهذا

---

(١) أي الأمةُ المطلَّقة.

(٢) أي لاعنتُه، فيُقال عند الخلاف: لعنة الله علىٰ الكاذب، من: البهل: أي اللعن، وهذا مشروعٌ. البناية ٢٧٩/٧.

(٣) أي سورة الطلاق، في قوله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾. آية/١، وأما سورة النساء الطولىٰ: فهي سورة النساء التي بعد سورة آل عمران.

(٤) في قوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗا ...﴾. آية/٢٣٤، يعني أن قوله تعالىٰ: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ ﴾: ناسخة لآية: ﴿أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗا﴾.

(٥) سنن أبي داود (٢٣٠٧)، سنن النسائي الكبرىٰ (٥٦٨٦)، سنن ابن ماجه (٢٠٣٠)، ولفظ المصنِّف أخرجه محمد في الأصل، كما في التعريف والإخبار ٨٠/٣، الدراية ٧٨/٢.

(٦) الموطأ ٥٨٩/٢ (٨٤)، الدراية ٧٨/٢.

عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

فإذا أُعتِقَتِ الأَمَةُ في عِدَّتِها من طلاقٍ رجعيٍّ: انتقلتْ عِدَّتُها إلىٰ عِدَّة الحرائر.

عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله).

وقال أبو يوسف رحمه الله: ثلاثُ حِيَضٍ، ومعناه: إذا كان الطلاقُ بائناً أو ثلاثاً، أما إذا كان رجعياً: فعليها عدةُ الوفاة، بالإجماع.

لأبي يوسف رحمه الله: أن النكاحَ قد انقطع قبلَ الموتِ بالطلاق، ولَزِمَتْها ثلاثُ حِيَض.

وإنما تجبُ عدةُ الوفاة: إذا زال النكاحُ بالوفاة، إلا أنه بقيَ[1] في حقِّ الإرث، لا في حقِّ تغيُّر العدةِ.

بخلاف الرجعي؛ لأن النكاحَ باقٍ من كلِّ وجهٍ.

ولهما: أنه لَمَّا بقِيَ في حَقِّ الإرث: يُجعَلُ باقياً في حَقِّ العدة؛ احتياطاً، فيُجمَعُ بينهما.

ولو قُتِلَ علىٰ رِدَّته، حتىٰ ورثَتْه امرأتُه: فعِدَّتُها علىٰ هذا الاختلاف.

وقيل: عِدَّتُها بالحِيَض، بالإجماع؛ لأن النكاحَ حينئذٍ ما اعتُبِرَ باقياً إلىٰ وقت الموت في حَقِّ الإرث؛ لأنَّ المسلمةَ لا تَرِثُ من الكافر.

قال: (فإذا أُعتِقَتِ الأَمَةُ في عِدَّتِها من طلاقٍ رجعيٍّ: انتقلتْ عِدَّتُها إلىٰ عِدَّة الحرائر)؛ لقيام النكاحِ من كلِّ وجهٍ.

---

(١) أي النكاح.

وإن أُعْتِقَتْ وهي مَبْتوتةٌ، أو متوفىً عنها زوجُها: لم تنتقِلْ عِدَّتُها إلىٰ عِدَّةِ الحرائر.

وإن كانت آيِسَةً، فاعتدَّتْ بالشهور، ثم رأتِ الدمَ: انتَقَضَ ما مضىٰ من عِدَّتِها، وعليها أن تستأنفَ العِدَّةَ بالحِيَض.

والمنكوحةُ نكاحاً فاسداً، والموطوءةُ بشُبهةٍ: عِدَّتُهما الحِيَض في الفُرْقة، والموتِ.

قال: (وإن أُعْتِقَتْ وهي مَبْتوتةٌ، أو متوفىً عنها زوجُها: لم تنتقِلْ عِدَّتُها إلىٰ عِدَّةِ الحرائر)؛ لزوال النكاحِ بالبينونة، أو الموتِ.

قال: (وإن كانت آيِسَةً، فاعتدَّتْ بالشهور، ثم رأتِ الدمَ: انتَقَضَ ما مضىٰ من عِدَّتِها، وعليها أن تستأنِفَ العِدَّةَ بالحِيَض).

ومعناه: إذا رأتِ الدمَ علىٰ العادة؛ لأنَّ عَوْدَها يُبطِلُ الإياسَ، هو الصحيح، فظَهَرَ أنه لم يكن خَلَفاً.

وهذا لأن شَرْطَ الخَلَفيَّةِ: تحقُّقُ اليأسِ، وذلك باستدامة العجز إلىٰ الممات، كالفدية في حَقِّ الشيخ الفاني.

ولو حاضَتْ حيضتَيْن، ثم أَيِسَتْ: تعتَدُّ بالشهور؛ تحرُّزاً عن الجمع بين البدل والمُبدَل.

قال: (والمنكوحةُ نكاحاً فاسداً، والموطوءةُ بشُبهةٍ: عِدَّتُهما الحِيَض في الفُرْقة، والموتِ)؛ لأنها[1] وَجَبَتْ للتعرُّف عن براءة الرَّحِم، لا لقضاءِ حَقِّ النكاح، والحَيْضُ هو المُعرِّف.

---

(١) أي العدة.

وإذا مات مولىٰ أُمِّ الولد عنها، أو أعتَقَها: فعِدَّتُها ثلاثُ حِيَض.

وإذا مات الصغيرُ عن امرأته، وبها حَبَلٌ: فعِدَّتُها أن تضعَ حَمْلَها.

قال: (وإذا مات مولىٰ أُمِّ الولد عنها، أو أعتَقَها: فعِدَّتُها ثلاثُ حِيَض).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: حيضةٌ واحدةٌ؛ لأنها تجبُ بزوال مِلْكِ اليمين، فشابَهَتِ الاستبراءَ.

ولنا: أنها وَجَبَتْ بزوال الفراش، فأشبَهَ عِدَّةَ النكاح.

ثم إمامُنا فيه عمرُ رضي الله عنه، فإنه قال: «عدةُ أُمِّ الولد: ثلاثُ حِيَض»[2].

ولو كانت ممن لا تحيضُ: فعِدَّتُها ثلاثةُ أشهُرٍ؛ كما في النكاح.

قال: (وإذا مات الصغيرُ عن امرأته، وبها حَبَلٌ: فعِدَّتُها أن تضعَ حَمْلَها)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: عِدَّتُها أربعةُ أشهرٍ وعَشرٌ، وهو قولُ الشافعي[3] رحمه الله؛ لأن الحملَ ليس بثابتِ النسب منه، فصار كالحادث بعد الموت.

---

(١) متن أبي شجاع ١/٣٥.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١٨٧٦٢) بلفظ: أن عمرو بن العاص أَمَرَ أمَّ ولد عتقت أن تعتدَّ ثلاث حِيَض، وكتب إلىٰ عمر، فكتب «يُحَسِّن رأيه»، وبرقم (١٨٧٤٤) عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، وينظر الدراية ٢/٧٨.

(٣) البيان للعمراني ١١/٤٠.

ولا يثبتُ نسبُ الولدِ في الوَجْهَيْن جميعاً.

ولهما: إطلاقُ قولِه تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾. الطلاق/ ٤.

ولأنها مُقَدَّرةٌ بمدة وَضْعِ الحَمْل في أُولاتِ الأحمال، قَصُرَتِ المدةُ أو طالَتْ، لا للتعرُّف عن فراغ الرَّحِم؛ لشَرْعِها بالأَشهُر، مع وجودِ الأقراء؛ لكنْ لقضاء حَقِّ النكاح.

وهذا المعنىٰ[1] يتحقَّقُ في حقِّ الصبيِّ وإن لم يكنِ الحَمْلُ منه.

بخلاف[2] الحَمْلِ الحادِثِ بعد الموت؛ لأنه وجبتِ العدةُ بالشهور، فلا تتغيَّر بحدوث الحمل.

وفيما نحن فيه كما وَجَبَت: وَجَبَتْ مقدَّرةً بمدة الحَمْل، فافترقا[3].

ولا يَلزمُ امرأةُ الكبيرِ[4] إذا حَدَثَ لها الحَبَلُ بعد الموت؛ لأن النسبَ يثبتُ منه، فكان كالقائم عند الموت حُكماً.

قال: (ولا يثبتُ نسبُ الولدِ في الوَجْهَيْن[5] جميعاً)؛ لأن الصبيَّ لا ماءَ له، فلا يُتصوَّرُ منه العُلوقُ، والنكاحُ يقومُ مَقامَه في موضع التصور.

---

(١) أي قضاء حق النكاح.

(٢) هذا جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله.

(٣) أي الحمل القائم عند الموت، والحادث بعده.

(٤) فإن عدتها بوضع الحمل. حاشية نسخة ٩٧٧هـ.

(٥) أي فيما إذا كان الحملُ قائماً عند موت الصغير، وفيما إذا كان حادثاً بعد موته. البناية ٧/٢٨٨.

وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه في حالة الحَيْض : لم تَعتَدَّ بالحيضة التي وقع فيها الطلاقُ.

وإذا وُطِئتِ المعتدةُ بشُبْهةٍ : فعليها عِدَّةٌ أخرىٰ، وتداخلتِ العدتان، ويكون ما تراه المرأةُ من الحَيْض محتَسَباً منهما جميعاً .

وإذا انقضتِ العدةُ الأُولىٰ، ولم تَكْمُلِ الثانيةُ : فعليها إتمامُ العِدَّةِ الثانية .

قال: (وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه في حالة الحَيْض: لم تَعتَدَّ بالحيضة التي وقع فيها الطلاقُ)؛ لأن العِدَّةَ مقدَّرةٌ بثلاثِ حِيَضٍ كواملَ بالنصِّ، فلا تُنقَصُ عدتُها عنها.

قال: (وإذا وُطِئتِ المعتدةُ بشُبْهةٍ: فعليها عِدَّةٌ أخرىٰ، وتداخلتِ العدتان، ويكون ما تراه المرأةُ من الحَيْض محتَسَباً منهما جميعاً.

وإذا انقضتِ العدةُ الأُولىٰ، ولم تَكْمُلِ الثانيةُ: فعليها إتمامُ العِدَّةِ الثانية)، وهذا عندنا.

وقال الشافعي[١] رحمه الله: لا تتداخلان؛ لأن المقصودَ هو العبادةُ، فإنها عبادةُ كَفٍّ عن التزوج والخروجِ، فلا تتداخلان، كالصومَيْن في يومٍ واحد.

ولنا: أن المقصودَ التعرُّفُ عن فراغِ الرَّحِم، وقد حصل بالواحدة، فتتداخلان.

---

(١) نهاية المطلب ١٥/٢٦٦.

وابتداءُ العدةِ في الطلاق : عَقِيْبَ الطلاق ، وفي الوفاة : عَقِيبَ الوفاة ، فإن لم تَعلَمْ بالطلاق أو الوفاة حتىٰ مَضَتْ مدةُ العدة : فقد انقَضَتْ عِدَّتُها .

والعِدَّةُ في النكاحِ الفاسدِ : عَقِيبَ التفريق بينهما ، أو عَزْمِ الواطىء علىٰ تَرْكِ وطئها .

ومعنىٰ العبادة تابعٌ، ألا ترىٰ أنها تنقضي بدون عِلْمِها، ومع تَرْكها الكفَّ.

والمعتدةُ عن وفاةٍ إذا وُطئت بشُبهة: تعتدُّ بالشهور، ويُحْتَسبُ بما تراه من الحيَض فيها؛ تحقيقاً للتداخل بقَدْر الإمكان.

قال: (وابتداءُ العدةِ في الطلاق: عَقِيْبَ الطلاق، وفي الوفاة: عَقِيبَ الوفاة، فإن لم تَعلَمْ بالطلاق أو الوفاة حتىٰ مَضَتْ مدةُ العدة: فقد انقَضَتْ عِدَّتُها)؛ لأن سببَ وجوبِ العدةِ: الطلاقُ، أو الوفاةُ، فيُعتبرُ ابتداؤها من وقتِ وجودِ السبب.

ومشايخُنا[١] رحمهم الله يُفتُون في الطلاق: أن ابتداءَها من وقت الإقرار؛ نفياً لتهمة المُواضَعَة[٢].

قال: (والعِدَّةُ في النكاحِ الفاسدِ: عَقِيبَ التفريق بينهما، أو عَزْمِ الواطىء علىٰ تَرْكِ وطئها).

وقال زفرُ رحمه الله: من آخِرِ الوَطَآتِ؛ لأن الوطءَ هو السببُ الموجِبُ.

---

(١) أي علماء بخارىٰ وسمرقند. البناية ٢٩٢/٧.

(٢) بأن يتواضعا علىٰ الطلاق وانقضاء العدة؛ ليصحَّ إقرارُ المريض لها بالدين والوصية، أو يتواضعا علىٰ انقضائها بأن يتزوج أختَها أو أربعاً سواها. البناية ٢٩٢/٧.

وإذا قالتِ المعتدةُ: انقضَتْ عِدَّتي، وكذَّبها الزوجُ: كان القولُ قولَها، مع اليمين.

وإذا طلَّقَ الرجلُ امرأتَه طلاقاً بائناً، ثم تزوَّجَها في عِدَّتها، وطلَّقَها قبلَ الدخولِ بها: فعليه مهرٌ كاملٌ، وعليها عِدَّةٌ مستقبَلَةٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه نصفُ المهر، وعليها تَمَامُ العدةِ الأُولىٰ.

ولنا: أن كلَّ وطءٍ وُجدَ في العقدِ الفاسد: يجري مَجرىٰ الوَطْأة الواحدةِ؛ لاستناد الكلِّ إلىٰ حُكْمِ عقدٍ واحدٍ، ولهذا يُكتفَىٰ في الكلِّ بمهرٍ واحدٍ، فقَبْلَ المتاركةِ أو العَزْم: لا تثبتُ العدةُ مع جوازِ وجودِ غيرِه.

ولأن التمكُّنَ علىٰ وَجْهِ الشُّبهة: أُقيمَ مقامَ حقيقةِ الوطء؛ لخَفائه، ومَسَاسِ الحاجةِ إلىٰ معرفةِ الحُكْمِ في حَقِّ غيرِه.

قال: (وإذا قالتِ المعتدةُ: انقضَتْ عِدَّتي، وكذَّبها الزوجُ: كان القولُ قولَها، مع اليمين)؛ لأنها أمينةٌ في ذلك، وقد اتُّهِمَتْ بالكذب، فتُحَلَّفُ كالمودَع.

قال: (وإذا طلَّقَ الرجلُ امرأتَه طلاقاً بائناً، ثم تزوَّجَها في عِدَّتها، وطلَّقَها قبلَ الدخولِ بها: فعليه مهرٌ كاملٌ، وعليها عِدَّةٌ مستقبَلَةٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه نصفُ المهر، وعليها تَمَامُ[1] العدةِ الأُولىٰ)؛ لأنَّ هذا طلاقٌ قبلَ المَسِيسِ، فلا يوجِبُ كمالَ المهر، ولا استئنافَ العدة.

---

(١) وفي طبعات الهداية القديمة: إتمام.

وإذا طلَّق الذِّمِّيُّ الذميَّةَ: فلا عِدَّةَ عليها، وكذا إذا خرجتِ الحربيةُ إلينا مسلمةً.

فإن تزوَّجتْ: جاز، إلا أن تكونَ حاملاً، وهذا كلُّه قولُ أبي حنيفة . .

وإكمالُ العدةِ الأُولىٰ إنما وَجَبَ بالطلاق الأول، إلا أنه لم يَظهَر[1] حالَ التزوُّج الثاني، فإذا ارتفعَ بالطلاق الثاني: ظَهَرَ حُكْمُه، كما لو اشترىٰ أمَّ ولده، ثم أعتقَها.

ولهما: أنها[2] مقبوضةٌ في يدِه حقيقةً بالوَطْأة الأُولىٰ، وبقِيَ أثرُه، وهو العدة، فإذا جَدَّدَ النكاحَ، وهي مقبوضةٌ: ناب ذلك القبضُ عن القبضِ المستَحَقِّ في هذا النكاح.

كالغاصب يشتري المغصوبَ الذي في يده: يصيرُ قابضاً بمجرد العقد، فوَضَحَ بهذا أنه طلاقٌ بعد الدخول.

وقال زفر رحمه الله: لا عِدَّةَ عليها أصلاً؛ لأن الأُولىٰ قد سَقَطَتْ بالتزوج، فلا تعودُ، والثانيةُ لم تجب.

وجوابُه: ما قلنا.

قال: (وإذا طلَّق الذِّمِّيُّ الذميَّةَ: فلا عِدَّةَ عليها.

وكذا إذا خرجتِ الحربيةُ إلينا مسلمةً.

فإن تزوَّجتْ: جاز، إلا أن تكونَ حاملاً، وهذا كلُّه قولُ أبي حنيفة

---

(١) أي لم يظهر حكم الطلاق الأول.

(٢) أي أن أم الولد مقبوضة في يد مولاها.

رحمه الله، وقالا: عليها وعلىٰ الذمية العِدَّةُ.

رحمه الله، وقالا: عليها وعلىٰ الذمية العِدَّةُ).

أما الذميةُ: فالاختلافُ فيها: نظيرُ الاختلافِ في نكاحِهم مَحَارِمَهم، وقد بيَّنَّاه في كتاب النكاح.

وقولُ أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كان معتَقَدُهم أنه لا عدةَ عليها.

وأما المهاجِرَةُ: فوَجْهُ قولِهما: أن الفرقةَ لو وَقَعَتْ بسببٍ آخَر: وَجَبَتِ العدةُ، فكذا إذا وَقَعَتْ بالهجرة بسبب التبايُن.

بخلاف ما إذا هاجَرَ الرجلُ، وتَرَكَها: لعدم التبليغ[1].

وله: قولُه تعالىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾. الممتحنة/ ١٠.

ولأن العدةَ حيث وَجَبَتْ: كان فيها حَقٌّ بني آدم، والحربيُّ ملحَقٌ بالجَماد، حتىٰ كان مَحَلاًّ للتملُّك، إلا أنْ تكونَ حاملاً؛ لأن في بطنِها ولداً ثابتَ النسب.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجوزُ نكاحُها، ولا يطؤها، كالحُبلىٰ من الزنا، والأولُ أصحُّ[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي لعدم تبليغ حكم الشرع إليها.

(٢) أي لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل.

فصلٌ

وعلىٰ المَبْتُوتةِ، والمتوفَّىٰ عنها زوجُها إذا كانت بالغةً، مسلمةً: الحِدَادُ.

فصلٌ

في الحِدادِ، وأحكامٍ تتعلَّقُ بالعِدَّة

قال: (وعلىٰ المَبْتُوتةِ[1]، والمتوفَّىٰ عنها زوجُها إذا كانت بالغةً، مسلمةً: الحِدَادُ).

أما المتوفىٰ عنها زوجُها: فلقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يَحِلُّ لامرأةٍ تُؤمِنُ بالله واليوم الآخِرِ أن تُحِدَّ علىٰ ميتٍ فوقَ ثلاثةِ أيامٍ، إلا علىٰ زوجِها أربعةَ أشهرٍ وعَشراً»[2].

وأما المبتوتةُ: فمذهبُنا.

وقال الشافعي[3] رحمه الله: لا حِدَادَ عليها؛ لأنه وَجَبَ إظهاراً للتأسُّف علىٰ فَوْتِ زوجٍ، وَفَّىٰ[4] بعهدِها إلىٰ مماته، وقد أوحَشَها بالإبانة، فلا تأسُّفَ بفَوْته.

---

(١) أي المطلقة بائناً أو ثلاثاً.

(٢) صحيح البخاري (١٣٨٠)، صحيح مسلم (١٤٨٦).

(٣) في الجديد. المهذب ٣/ ١٣٠.

(٤) وضُبطت في نُسخ: وَفَىٰ. بتخفيف الفاء.

والحِدَادُ: أن تَتْرُكَ الطِّيْبَ، والزينةَ، والكُحْلَ، والدُّهنَ المطيَّبَ وغيرَ المطيَّبِ، إلا من عُذْرٍ.

وفي «الجامع الصغير»: إلا من وَجَعٍ.

ولنا: ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهىٰ المعتَدَّةَ أن تَختَضِبَ بالحِنَّاء[١]،

وقال: «الحِنَّاء طِيْبٌ»[٢].

ولأنه[٣] يجبُ إظهاراً للتأسُّف علىٰ فَوْتِ نعمةِ النكاح، الذي هو سببٌ لصَوْنها، وكفايةِ مُؤَنها[٤]، والإبانةُ أقطعُ لها من الموت، حتىٰ كان لها أن تَغْسِلَه ميتاً قبلَ الإبانة، لا بعدَها.

قال: (والحِدَادُ)، ويُقال: الإحدادُ، وهما لغتان: (أن تَتْرُكَ الطِّيْبَ، والزينةَ، والكُحْلَ، والدُّهنَ المطيَّبَ وغيرَ المطيَّبِ، إلا من عُذْرٍ.

وفي «الجامع الصغير[٥]»: إلا من وَجَعٍ).

---

(١) سنن أبي داود (٢٣٠٥)، وسكت عنه، الدراية ٧٩/٢.

(٢) معرفة السنن والآثار للبيهقي (٩٦٩١)، وأعلَّه بابن لَهِيْعَة، لكن أخرجه النسائي من وجه آخر سَلِمَ منه، وأخرجه الطبراني في الكبير (١٠١٣)، وينظر البدر المنير ١٥٦/١٦، وقد بُحِث هل هذا الحديث هو الأول، أم هما حديثان؟ ينظر الدراية ٢٦١/٣.

(٣) أي الحِدَادُ.

(٤) وفي نُسخ: مؤنتها. بالإفراد.

(٥) ص١٢٥.

. . . .

والمعنىٰ فيه[١]: وجهان: أحدُهما: ما ذكرناه من إظهار التأسُّف.

والثاني: أن هذه الأشياءَ دواعٍ للرَّغبةِ فيها، وهي ممنوعةٌ عن النكاح، فتَجْتَنِبُها؛ كي لا تصيرَ ذريعةً إلىٰ الوقوعِ في المُحرَّم.

وقد صحَّ أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام لم يأذَنْ للمعتدة في الاكتحال[٢].

والدُّهنُ: لا يَعرىٰ عن نوعِ طِيْبٍ، وفيه زينةُ الشعر، ولهذا يُمنَع المُحرِمُ عنه.

قال[٣]: إلا من عُذْرٍ: لأن فيه ضرورةً، والمرادُ: الدواءُ، لا الزينةُ.

ولو اعتادتِ الدَّهْنَ[٤]، فخافت وَجَعَاً: فإن كان ذلك[٥] أمراً ظاهراً: يُباحُ لها؛ لأن الغالبَ: كالواقع.

وكذا[٦] لُبْسُ الحرير إذا احتاجت إليه لعُذْرٍ: لا بأسَ به.

---

(١) أي في إيجاب تَرْك الطِّيب والزينة.

(٢) صحيح البخاري (٥٣٣٨)، صحيح مسلم (١٤٨٨).

(٣) أي الإمام القدوري رحمه الله.

(٤) وفي نُسخ: الدُّهْنَ. بضمِّ الدال، وكلٌّ له وجه، لكن قال في البناية ٣٠٤/٧: بفتح الدال.

(٥) أي كان خوفها الوجعَ ظاهراً غالباً.

(٦) أي يجوز لها لُبْس الحرير لعُذْرٍ، كالحِكَّة، إذ الحرير من الزينة.

ولا تَختَضِبُ بالحِنَّاء، ولا تَلبسُ ثوباً مصبوغاً بعُصْفرٍ، ولا زَعْفرانٍ.

ولا حِدَادَ علىٰ كافرةٍ، ولا علىٰ صغيرةٍ.

وعلىٰ الأَمَةِ الحِدَادُ.

وليس في عِدَّة أُمِّ الولد، ولا في عِدَّة النكاحِ الفاسدِ : حِدَادٌ.

ولا ينبغي أن تُخطَبَ المعتدةُ، ولا بأسَ بالتعريض في الخِطبة.

قال: (ولا تَختَضِبُ بالحِنَّاء)؛ لِمَا روينا.

(ولا تَلبسُ ثوباً مصبوغاً بعُصْفرٍ، ولا زَعْفرانٍ)؛ لأنه تُفوحُ منه رائحةُ الطِّيْب.

قال: (ولا حِدَادَ علىٰ كافرةٍ)؛ لأنها غيرُ مخاطَبَةٍ بحقوق الشرع.

(ولا علىٰ صغيرةٍ)؛ لأن الخطابَ موضوعٌ عنها.

قال: (وعلىٰ الأَمَةِ الحِدَادُ)؛ لأنها مخاطَبَةٌ بحقوقِ اللهِ تعالىٰ فيما ليس فيه إبطالُ حقِّ المولىٰ، بخلافِ المنعِ من الخروج؛ لأن فيه إبطالَ حقِّه، وحقُّ العبد مقدَّمٌ؛ لحاجتِه.

قال: (وليس في عِدَّةِ أُمِّ الولد.

ولا في عِدَّة النكاحِ الفاسدِ: حِدَادٌ)؛ لأنها ما فاتَها نعمةُ النكاح لتُظهِرَ التأسُّفَ، والإباحةُ الأصلُ.

قال: (ولا ينبغي أن تُخطَبَ المعتدةُ، ولا بأسَ بالتعريض في الخِطبة)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ...﴾، إلىٰ أن قال: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾. البقرة/٢٣٥.

ولا يجوز للمطلَّقة الرجعية، والمبتوتةِ الخروجُ من بيتها، ليلاً، ولا نهاراً.

والمتوفىٰ عنها زوجُها: تخرجُ نهاراً، وبعضَ الليل، ولا تَبيتُ في غير منزلها.

وقال عليه الصلاة والسلام: «السِّرُّ: النكاحُ»[(١)].

وقال ابنُ عباس رضي الله عنهما: التعريضُ: أن يقولَ: إني أُريد أن أتزوَّجَ[(٢)].

وعن سعيد بن جُبَير رحمه الله في القولِ المعروف: إني فيكِ لراغبٌ، وإني أُريدُ أن نجتمعَ[(٣)].

قال: (ولا يجوز للمطلَّقة الرجعية، والمبتوتةِ الخروجُ من بيتها، ليلاً، ولا نهاراً.

والمتوفىٰ عنها زوجُها: تخرجُ نهاراً، وبعضَ الليل، ولا تَبيتُ في غير منزلها).

أما المطلَّقةُ: فلقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾. الطلاق/١.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٦٢: غريب. اهـ: أي لم يثبت، كما في البناية ٥/٤٤٤، وقال ابن حجر في الدراية ٢/٧٩: لم أجده، ثم ساق الزيلعي عدة أقوال عن الصحابة والتابعين في تفسير: «السِّرِّ»، وأنَّ مِن معانيه: النكاح.

(٢) صحيح البخاري (٥١٢٤)، وينظر الدراية ٢/٨٠.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (١٦٨٤٤)، سنن البيهقي (١٤٠٢٤).

وعلىٰ المعتَدَّة أن تَعتَدَّ في المنزلِ الذي يُضافُ إليها بالسُّكنىٰ حالَ وقوعِ الفُرقة، والموتِ.

قيل: الفاحشةُ: نفسُ الخروج.

وقيل: الزنا، ويُخْرَجْنَ لإقامة الحدِّ عليهنَّ.

وأما المتوفىٰ عنها زوجُها: فلأنه لا نفقةَ لها، فتحتاجُ إلىٰ الخروج نهاراً لطلب المعاش، وقد يَمتدُّ إلىٰ أن يَهجُمَ الليلُ.

ولا كذلك المطلَّقةُ؛ لأن النفقةَ دارَّةٌ عليها من مالِ زوجِها، حتىٰ لو اختلعتْ علىٰ نفقةِ عدَّتِها: قيل: إنها تخرجُ نهاراً، وقيل: لا تخرجُ؛ لأنها أسقطت حَقَّها، فلا يبطلُ به حَقُّ الشرع عليها.

قال: (وعلىٰ المعتَدَّة أن تَعتَدَّ في المنزلِ الذي يُضافُ إليها بالسُّكنىٰ حالَ وقوعِ الفُرقة، والموتِ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾. الطلاق/١.

والبيتُ المضافُ إليها: هو البيتُ الذي تَسكُنُه، ولهذا لو زارتْ أهلَها، وطلَّقها زوجُها: كان عليها أن تعودَ إلىٰ منزِلِها، فتعتَدَّ فيه.

وقال عليه الصلاة والسلام للتي قُتِلَ زوجُها: «اُسكُني في بيتِكِ حتىٰ يَبلُغَ الكتابُ أجلَه»[1].

---

(١) سنن أبي داود (٢٣٠٠)، سنن الترمذي (١٢٠٤)، وصححه، وينظر التعريف والإخبار ٣/٩٠، الدراية ٢/٩٠.

وإن كان نصيبُها من دار الميت لا يكفيها، وأخرَجَها الورثةُ من نصيبهم: انتَقَلَتْ.

وإذا خَرَجَتِ المرأةُ مع زوجِها إلىٰ مكةَ، فطلَّقَها ثلاثاً، أو مات عنها زوجُها في غير مصرٍ: فإن كان بينها وبين مِصرها أقلُّ من ثلاثة أيامٍ: رجعتْ إلىٰ مِصرها.

قال: (وإن كان نصيبُها من دار الميت لا يكفيها، وأخرَجَها الورثةُ من نصيبهم: انتَقَلَتْ)؛ لأنَّ هذا انتقالٌ بعُذْرٍ، والعباداتُ تؤثِّرُ فيها الأعذارُ، فصار كما إذا خافَتْ علىٰ متاعِها، أو خافت سقوطَ المنزل، أو كانت فيها بأجرٍ، ولا تجدُ ما تؤدِّيه.

ثم إن وَقَعَتِ الفُرْقُةُ بطلاقٍ بائنٍ، أو ثلاثٍ: لا بدَّ من سُترةٍ بينهما.

ثم لا بأسَ بالمساكَنَة مع السُّترة[1]؛ لأنه معترفٌ بالحُرمة، إلا أن يكونَ فاسقاً يُخافُ عليها منه: فحينئذٍ تخرجُ؛ لأنه عُذْرٌ.

ولا تخرُجُ عمَّا انتقلت إليه، والأَوْلىٰ أن يَخرُجَ هو، ويَترُكَها.

وإن جَعَلا بينهما امرأةً ثقةً تقدِرُ علىٰ الحَيلُولة: فحَسَنٌ.

وإن ضاق عليهما المنزلُ: فَلْتَخرُجْ، والأَوْلىٰ خروجُه.

قال: (وإذا خَرَجَتِ المرأةُ مع زوجِها إلىٰ مكةَ، فطلَّقَها ثلاثاً، أو مات عنها زوجُها في غير مصرٍ: فإن كان بينها وبين مِصرها أقلُّ من ثلاثة أيامٍ: رجعتْ إلىٰ مِصرها)؛ لأنه ليس بابتداءِ الخروجِ معنىً، بل هو بناءٌ.

---

(١) وفي نُسخ: ثم لا بأس مع السترة، وفي أخرىٰ: ثم لا بأس به.

وإن كانت ثلاثةَ أيامٍ: إن شاءتْ رجعتْ، وإن شاءت مَضَتْ، كان معها وليٌّ، أو لم يكن.

إلا أن يكون طلَّقَها، أو مات عنها في مصرٍ: فإنها لا تَخرجُ حتىٰ تعتَدَّ، ثم تَخرُجُ إن كان لها مَحرَمٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كان معها مَحرَمٌ: فلا بأسَ بأن تخرجَ من المصرِ قبلَ أن تعتدَّ.

(وإن كانت ثلاثةَ أيامٍ: إن شاءتْ رجعتْ، وإن شاءت مَضَتْ، كان معها وليٌّ، أو لم يكن).

معناه: إذا كان إلىٰ المَقْصَدُ ثلاثةُ أيامٍ أيضاً؛ لأنَّ المُكْثَ في ذلك المكان: أخوفُ عليها من الخروج، إلا أنَّ الرجوعَ أَوْلىٰ؛ ليكونَ الاعتدادُ في منزلِ الزوج.

قال: (إلا أن يكون طلَّقَها، أو مات عنها في مصرٍ: فإنها لا تَخرجُ حتىٰ تعتَدَّ، ثم تَخرُجُ إن كان لها مَحرَمٌ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: إن كان معها مَحرَمٌ: فلا بأسَ بأن تخرجَ من المصرِ قبلَ أن تعتدَّ).

لهما: أن نَفْسَ الخروج مباحٌ؛ دفعاً لأذىٰ الغُربة، ووَحْشةِ الوَحْدة، وهذا عُذْرٌ، وإنما الحُرْمة للسفر، وقد ارتفعت بالمَحرَم.

وله: أن العدةَ أمنعُ من الخروج، من عدمِ المَحْرَم، فإن للمرأةِ أن تخرجَ إلىٰ ما دون السفر بغير مَحْرَم، وليس للمعتدَّة ذلك، فلَمَّا حَرُمَ عليها الخروجُ إلىٰ السفر بغير المَحرَم: ففي العدة أَوْلىٰ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب
ثُبُوت النَّسَب

ومَن قال: إن تزوَّجْتُ فلانةً فهي طالقٌ، فتزوَّجَها، فوَلَدَتْ ولداً لستةِ أشهرٍ من يومِ تزوَّجها: فهو ابنُه، وعليه المهرُ.

باب
ثُبُوت النَّسَب

قال: (ومَن قال: إن تزوَّجْتُ فلانةً فهي طالقٌ، فتزوَّجَها، فوَلَدَتْ ولداً لستةِ أشهرٍ من يومِ[1] تزوَّجها: فهو ابنُه، وعليه المهرُ).

أما النَّسَبُ: فلأنها فراشُه؛ لأنها لَمَّا جاءَتْ بالولد لستةِ أشهرٍ من وقتِ النكاح: فقد جاءَتْ به لأقلَّ منها[2] من وقتِ الطلاق، فكان العُلُوقُ قَبْلَه في حالة النكاح.

والتصوُّرُ ثابتٌ، بأن تزوَّجَها وهو يخالِطُها[3]، فوافَقَ الإنزالُ النكاحَ، والنَّسَبُ يُحتاطُ في إثباته.

وأما المهرُ: فلأنه لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ منه: جُعِلَ واطئاً حُكْماً، فتأكَّدَ المهرُ به.

---

(١) وفي نُسخٍ عدة: من يومَ. بفتح الميم، وفي نُسخ: من وقت النكاح.

(٢) أي من الستة الأشهر.

(٣) أي والحال أنه يجامعها، والناس يسمعون كلامهما. وتشرح من البناية ٣١٦/٧.

ويثبتُ نَسَبُ ولدِ المطلَّقةِ الرجعيةِ إذا جاءَتْ به لسنتين، أو أكثرَ، ما لم تُقِرَّ بانقضاء عِدَّتها.

وإن جاءَتْ به لأقَلَّ من سنتين: بانتْ من زوجِها، ويثبتُ نسبُه.

وإن جاءَتْ به لأكثرَ من سنتين: كانت رجعةً.

والمَبْتوتةُ يثبتُ نَسَبُ ولدِها إذا جاءتْ به لأقلَّ من سنتين.

قال: (ويثبتُ نَسَبُ ولدِ المطلَّقةِ الرجعيةِ إذا جاءَتْ به لسنتين، أو أكثر[1]، ما لم تُقِرَّ بانقضاء عِدَّتها)؛ لاحتمالِ العُلُوق في حالة العدة؛ لجواز أنها تكونُ ممتَدَّةَ الطُّهْر.

(وإن جاءَتْ به لأقَلَّ من سنتين: بانتْ من زوجِها)؛ لانقضاءِ العدة بوضع حَمْلِها.

(ويثبتُ نسبُه)؛ لوجودِ العُلُوقِ في النكاح، أو في العِدَّة، فلا يصيرُ مراجِعاً؛ لأنه يُحتَمَلُ العُلُوقُ[2] قبلَ الطلاق، ويُحتمَلُ بعدَه، فلا يصيرُ مراجِعاً بالشك.

(وإن جاءَتْ به لأكثرَ من سنتين: كانت رجعةً)؛ لأن العُلُوقَ بعد الطلاق، والظاهرُ أنه منه؛ لانتفاءِ الزنا منها، فيصيرُ بالوطء مراجِعاً.

قال: (والمَبْتوتةُ يثبتُ نَسَبُ ولدِها إذا جاءتْ به لأقلَّ من سنتين)؛ لأنه يَحتملُ أن يكونَ الولدُ قائماً وقتَ الطلاق، فلا يُتيَقَّنُ بزوال الفراشِ قبلَ العلوق، فيثبتُ النَّسَبُ؛ احتياطاً.

---

(١) ولو عشرين سنة أو أكثر. فتح القدير ٤/ ١٧٢.

(٢) وفي نُسخ تمَّ ضبطها بالمعلوم: يَحتمِلُ العلوقَ....

وإن جاءت به لتمَامِ سنتين من وقتِ الفُرْقة أو أكثر : لم يثبت، إلا أن يَدَّعيَه.

فإن كانتِ المَبْتوتةُ صغيرةً، يُجامَعُ مثلُها، فجاءَتْ بولدٍ لتسعةِ أشهرٍ : لم يلزَمْه حتىٰ تأتيَ به لأقلَّ من تسعة أشهرٍ، عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : يثبتُ النَّسبُ منه إلىٰ سنتين.

(وإن جاءت به لتمَامِ سنتين من وقتِ الفُرْقة أو أكثر: لم يثبت)؛ لأن الحَمْلَ حادِثٌ بعد الطلاق، فلا يكونُ منه؛ لأن وَطْأَها حرامٌ.

قال: (إلا أن يَدَّعيَه)؛ لأنه التزمه[1]، وله فيه وجهٌ[2]: بأنْ وَطِئها بشبهةٍ في العدة.

قال: (فإن كانتِ المَبْتوتةُ صغيرةً، يُجامَعُ مثلُها، فجاءَتْ بولدٍ لتسعةِ أشهرٍ: لم يلزَمْه حتىٰ تأتيَ به لأقلَّ من تسعة أشهرٍ، عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يثبتُ النَّسبُ منه إلىٰ سنتين)؛ لأنها معتدةٌ، يحتملُ أن تكونَ حاملاً، ولم تُقِرَّ بانقضاء العدة، فأشبهَتِ الكبيرةَ.

ولهما: أنَّ لانقضاءِ عِدَّتَها جهةً متعيِّنةً، وهي الأَشهُرُ، فبمُضِيِّها يَحكُمُ الشرعُ بالانقضاء، وهو في الدلالة فوقَ إقرارِها؛ لأنه[3] لا يَحتملُ الخلافَ، والإقرارُ يَحتملُه.

---

(١) أي التزم عند دعواه.

(٢) أي شرعيٌّ.

(٣) أي الحكم الشرعي.

ويَثبتُ نسبُ ولدِ المتوفىٰ عنها زوجُها : ما بين الوفاةِ وبين سنتَيْن .

وإذا اعترفَتِ المعتدَّةُ بانقضاءِ عِدَّتِها، ثم جاءتْ بالولد لأقلَّ من ستة أشهرٍ : يَثبتُ نسبُه .

وإن كانت[1] مطلَّقةً طلاقاً رجعياً: فكذلك الجوابُ عندهما.

وعنده: يثبتُ إلىٰ سبعةٍ وعشرين شهراً؛ لأنه يُجعَلُ واطئاً في آخِرِ العدة، وهي الثلاثةُ الأشهرُ، ثم تأتي به لأكثرَ مدةِ الحَمْلِ، وهو سنتان.

وإن كانت الصغيرةُ ادَّعَتِ الحَبَلَ في العدة: فالجوابُ فيها وفي الكبيرة: سواءٌ؛ لأن بإقرارِها[2] يُحكَمُ ببلوغها.

قال: (ويَثبتُ نسبُ ولدِ المتوفىٰ عنها زوجُها: ما بين الوفاةِ وبين سنتَيْن).

وقال زفر رحمه الله: إذا جاءت به بعدَ انقضاءِ عدةِ الوفاة لستة أشهرٍ: لا يَثبتُ النسبُ؛ لأن الشرعَ حكَمَ بانقضاء عِدَّتِها بالشهور؛ لتعيُّنِ الجهة، فصار كما إذا أقرَّت بالانقضاء، كما بيَّنَّا في الصغيرة.

إلا أنَّا نقول: لانقضاءِ عدتها جهةٌ أخرىٰ، وهي وَضْعُ الحَمْلِ، بخلاف الصغيرة؛ لأن الأصلَ فيها عدمُ الحَمْلِ؛ لأنها ليست بمَحَلٍّ قبلَ البلوغ، وفيه شكٌّ.

قال: (وإذا اعترفَتِ المعتدَّةُ بانقضاءِ عِدَّتِها، ثم جاءتْ بالولد لأقلَّ من ستة أشهرٍ)، يعني من وقتِ الإقرار: (يَثبتُ نسبُه)؛ لأنه ظَهَرَ كَذِبُها بيقينٍ، فبَطَلَ الإقرار.

---

(١) أي الصغيرة.

(٢) أي الحَبَلَ.

وإن جاءتْ به لستة أشهرٍ : لم يَثبُتْ.

وإذا وَلَدَتِ المعتدةُ ولداً : لم يثبت نسبُه عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يَشهدَ بولادتها رجلان، أو رجلٌ وامرأتان، إلا أن يكونَ هناك حَبَلٌ ظاهِرٌ، أو اعترافٌ من قِبَلِ الزوجِ : فيثبتُ النسبُ من غير شهادة.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يثبتُ في الجميع بشهادة امرأةٍ واحدةٍ.

(وإن جاءتْ به لستة أشهرٍ: لم يَثبُتْ)؛ لأنَّا لم نعلَمْ ببطلان الإقرار؛ لاحتمال الحدوثِ بعده.

وهذا اللفظُ بإطلاقه يتناولُ كلَّ معتدة.

قال: (وإذا وَلَدَتِ المعتدةُ ولداً: لم يَثبت نسبُه عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن يَشهدَ بولادتها رجلان، أو رجلٌ وامرأتان، إلا أن يكونَ هناك حَبَلٌ ظاهِرٌ، أو اعترافٌ من قِبَلِ الزوجِ: فيثبتُ النسبُ من غير شهادة.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: يثبتُ في الجميع بشهادة امرأةٍ واحدةٍ) تشهد بالولادة؛ لأن الفراش قائمٌ؛ بقيام العدة، وهو مُلزِمٌ للنسب، والحاجةُ إلىٰ تعيين الولدِ أنه منها، فيتعيَّنُ بشهادتها، كما في حالِ قيامِ النكاح.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن العدةَ تنقضي بإقرارها بوَضْعِ الحَمْل، والمُنقضي ليس بحجةٍ، فمَسَّتِ الحاجةُ إلىٰ إثباتِ النسبِ ابتداءً، فيُشترَطُ كمالُ الحجة.

بخلاف ما إذا كان ظَهَرَ الحَبَلُ، أو صَدَرَ الاعترافُ من الزوج؛ لأن النسبَ ثابتٌ قبلَ الولادة، والتعيينُ يثبتُ بشهادتها.

فإن كانت معتدةً عن وفاةٍ، فصَدَّقها الورثةُ في الولادة، ولم يَشهَدْ علىٰ الولادة أحدٌ: فهو ابنُه، في قولِهم جميعاً.

وإذا تزوج الرجلُ امرأةً، فجاءت بولدٍ لأقلَّ من ستة أشهرٍ منذُ يومِ تزوَّجها: لم يثبتْ نسبُه.

وإن جاءت به لستةِ أشهرٍ، فصاعداً: يثبتُ نسبُه منه، اعترَفَ به الزوجُ، أو سكَتَ.

قال: (فإن كانت معتدةً عن وفاةٍ، فصَدَّقها الورثةُ في الولادة، ولم يَشهَدْ علىٰ الولادة أحدٌ: فهو ابنُه، في قولِهم جميعاً).

وهذا في حَقِّ الإرثِ ظاهرٌ؛ لأنه خالِصُ حَقِّهم، فيُقبَلُ فيه تصديقُهم.

أما في حقِّ النسب: هل يثبت في حقِّ غيرهم؟

قالوا: إذا كانوا من أهلِ الشهادة: يثبتُ؛ لقيام الحُجَّةِ، ولهذا قيل: تُشترطُ لفظةُ: الشهادة.

وقيل: لا تُشترطُ؛ لأن الثبوتَ في حَقِّ غيرِهم تَبَعٌ للثبوت في حَقِّهم بإقرارهم، وما ثبت تَبَعاً: لا تُراعىٰ فيه الشرائطُ.

قال: (وإذا تزوج الرجلُ امرأةً، فجاءت بولدٍ لأقلَّ من ستة أشهرٍ منذُ يومِ تزوَّجها: لم يثبتْ نسبُه)؛ لأن العُلُوقَ سابِقٌ علىٰ النكاح، فلا يكونُ منه.

(وإن جاءت به لستةِ أشهرٍ، فصاعداً: يثبتُ نسبُه منه، اعترَفَ به الزوجُ، أو سكَتَ)؛ لأن الفراشَ قائمٌ، والمدةُ تامةٌ.

فإن جَحَدَ الولادةَ: يثبتُ بشهادة امرأةٍ واحدةٍ، تشهَدُ بالولادة، حتىٰ لو نَفَاهُ الزوجُ: يُلاعِنُ.

فإن وَلَدَتْ، ثم اختلفا، فقال الزوجُ: تزوجتُكِ منذُ أربعةِ أشهرٍ، وقالت هي: منذ ستةِ أشهر: فالقولُ قولُها، وهو ابنُه.

وإن قال لامرأته: إذا وَلَدْتِ فأنتِ طالقٌ، فشَهِدَتِ امرأةٌ علىٰ الولادة: لم تَطلُقْ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تَطلُقُ.

قال: (فإن جَحَدَ الولادةَ: يثبتُ بشهادة امرأةٍ واحدةٍ، تشهَدُ بالولادة، حتىٰ لو نَفَاهُ الزوجُ: يُلاعِنُ)؛ لأن النسبَ يثبتُ بالفراش القائم، واللعانُ إنما يجبُ بالقذف، وليس من ضرورته وجودُ الولد، فإنه يصحُّ بدونه.

قال: (فإن وَلَدَتْ، ثم اختلفا، فقال الزوجُ: تزوجتُكِ منذُ أربعةِ أشهرٍ، وقالت هي: منذ ستةِ أشهر: فالقولُ قولُها، وهو ابنُه)؛ لأن الظاهرَ شاهدٌ لها، فإنها تَلِدُ ظاهراً من نكاحٍ، لا من سفاحٍ.

ولم يَذكُرِ[1] الاستحلافَ، وهو علىٰ الاختلاف.

قال: (وإن قال لامرأته: إذا وَلَدْتِ فأنتِ طالقٌ، فشَهِدَتِ امرأةٌ علىٰ الولادة: لم تَطلُقْ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تَطلُقُ)؛ لأنَّ شهادتَها حُجَّةٌ في ذلك.

قال عليه الصلاة والسلام: «شهادةُ النساء جائزةٌ فيما لا يستطيعُ الرجالُ النظرَ إليه»[2].

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله.

(٢) قال في الدراية ٢/ ٨٠: لم أجده، لكن عند ابن أبي شيبة (٢٠٧٠٨)، وعبد

وإن كان الزوجُ قد أقرَّ بالحبَل : طَلُقَتْ من غير شهادة القابلة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما : تُشتَرَطُ شهادةُ القابِلَة.

وأكثرُ مدةِ الحَمْلِ : سنتان.

ولأنها لَمَّا قُبِلَتْ في[1] الولادة: تُقبَلُ فيما يُبتَنىٰ عليها، وهو الطلاق.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنها ادَّعَتِ الحِنْثَ، فلا يثبتُ إلا بحجةٍ تامةٍ، وهذا لأنَّ شهادَتَهُنَّ ضروريةٌ في حَقِّ الولادة، فلا تَظهَرُ في حَقِّ الطلاق، لأنه يَنفَكُّ عنها.

قال: (وإن كان الزوجُ قد أقرَّ بالحَبَل: طَلُقَتْ من غير شهادة القابلة عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: تُشتَرَطُ شهادةُ القابِلَة)؛ لأنه لا بدَّ من حجةٍ؛ لدعواها الحِنثَ، وشهادتُها حُجَّةٌ فيه، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وله: أن الإقرارَ بالحَبَل: إقرارٌ بما يُفضِي إليه، وهو الولادةُ.

ولأنه أقرَّ بكونها مؤتَمَنةً، فيُقبَلُ قولُها في رَدِّ الأمانة.

قال: (وأكثرُ مدةِ الحَمْلِ: سنتان).

لقول عائشة رضي الله عنها: «الولدُ لا يبقىٰ في البطن أكثرَ من سنتين ولو بظِلِّ مِغْزَل»[2].

الرزاق ٨/٣٣٣ عن الزهري: «مضت السُّنَّة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن».

(١) وفي نُسخ: علىٰ.

(٢) بلفظ: «ما تزيد المرأة في الحمل علىٰ سنتين ولا قَدْر ما يتحوَّل ظِلُّ عُوْدٍ

وأقلُّه : ستةُ أشهرٍ.

ومَن تزوَّجَ أَمَةَ، ودخل بها، فطلَّقَها، ثم اشتراها، فإن جاءَتْ بولدٍ لأقلَّ من ستة أشهرٍ منذ يومِ اشتراها : لَزِمَه، وإلا : لم يلزَمْه.

(وأقلُّه: ستةُ أشهرٍ)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾. الأحقاف/١٥، ثم قال: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾. لقمان/١٤، فبقيَ للحمل ستةُ أشهرٍ.

والشافعيُّ[١] رحمه الله: يُقَدِّرُ الأكثرَ بأربعِ سنين.

والحجةُ عليه ما رويناه، والظاهرُ أنها قالَتْه سماعاً[٢]، إذِ العقلُ لا يهتدي إليه.

قال: (ومَن تزوَّجَ أَمَةَ، ودخل بها، فطلَّقَها، ثم اشتراها، فإن جاءَتْ بولدٍ لأقلَّ من ستة أشهرٍ منذ يومِ اشتراها: لَزِمَه، وإلا: لم يلزَمْه).

لأنه في الوجهِ الأول: وَلَدُ المعتدةِ، فإن العُلُوقَ سابقٌ علىٰ الشراء.

وفي الوجه الثاني: وَلَدُ المملوكةِ؛ لأنه يُضافُ الحادثُ إلىٰ أقربِ وقته، فلا بدَّ من دِعوته.

وهذا إذا كان الطلاقُ واحداً بائناً، أو خُلعاً، أو رجعياً.

لمغزل»: في سنن سعيد بن منصور (٢٠٧٧)، سنن الدارقطني (٣٨٧٤)، وله حكم الرفع، وينظر نصب الراية ٣/٢٦٤.

(١) الحاوي الكبير ١١/٢٠٥.

(٢) أي من النبي صلىٰ الله عليه وسلم.

ومَن قال لأَمَتِه : إن كان ما في بطنِكِ ولدٌ فهو مني، فشَهِدَتْ علىٰ الولادةِ امرأةٌ : فهيَ أُمُّ ولدِه.

ومَن قال لغلامٍ : هو ابْني، ثم مات، فجاءَتْ أمُّ الغلام، وقالت : أنا امرأتُه : فهي امرأتُه، وهو ابنُه، يَرِثَانه.

وفي «النوادر» : جَعَلَ هذا جوابَ الاستحسانِ، والقياسُ : أن لا يكونَ لها الميراثُ.

أما إذا كان اثنتين: يثبتُ النسبُ إلىٰ سنتين من وقتِ الطلاق؛ لأنها حَرُمَتْ عليه حُرْمةً غليظةً[1]، فلا يُضافُ العُلُوقُ إلا إلىٰ ما قبلَه؛ لأنها لا تَحِلُّ بالشراء[2].

قال: (ومَن قال لأَمَتِه: إن كان ما في بطنِكِ ولدٌ فهو مني، فشَهِدَتْ علىٰ الولادةِ امرأةٌ: فهيَ أُمُّ ولدِه)؛ لأن الحاجَةَ إلىٰ تعيين الولد، ويثبتُ ذلك بشهادةِ القابِلَة، بالإجماع.

قال: (ومَن قال لغلامٍ: هو ابْني، ثم مات، فجاءَتْ أمُّ الغلام، وقالت: أنا امرأتُه: فهي امرأتُه، وهو ابنُه، يَرِثَانه.

وفي «النوادر»: جَعَلَ[3] هذا جوابَ الاستحسانِ، والقياسُ: أن لا يكونَ لها الميراثُ)؛ لأن النسبَ كما يثبتُ بالنكاح الصحيح: يثبتُ بالنكاح الفاسد، وبالوطءِ عن شبهةٍ، وبملكِ اليمين، فلم يكنْ قولُه إقراراً بالنكاح.

---

(١) أي بالثنتين.

(٢) حتىٰ تنكح زوجاً غيره.

(٣) أي الإمام محمد رحمه الله. البناية ٧/ ٣٣٠.

ولو لم يُعلَم أنها حُرَّةٌ، فقالتِ الورثةُ : أنتِ أُمُّ ولدٍ له : فلا ميراثَ لها .

وجهُ الاستحسان: أن المسألةَ فيما إذا كانت معروفةً بالحرية، وبكونها أُمَّ الغلام، والنكاحُ الصحيحُ هو المتعيِّنُ لذلك وَضْعاً وعادةً.

قال: (ولو لم يُعلَم أنها حُرَّةٌ، فقالتِ الورثةُ: أنتِ أُمُّ ولدٍ له: فلا ميراثَ لها)؛ لأن ظهورَ الحريةِ باعتبار الدارِ حُجَّةٌ في دَفْعِ الرِّقِّ، لا في استحقاقِ الإرث، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب الحضانة

باب الولد مَن أحقُّ به

وإذا وقعتِ الفُرقةُ بين الزوجين: فالأمُّ أحقُّ بالولد.

باب الحضانة

باب الولد مَن أحقُّ به[1]

قال: (وإذا وقعتِ الفُرقةُ بين الزوجين: فالأمُّ أحقُّ بالولد)؛ لِمَا رُوي أن امرأةً قالت: يا رسول الله! إن ابني هذا: كان بَطْني له وعاءً، وحَجْرِي له حِوَاءً، وثديي له سِقاءً، وزَعَمَ أبوه أنه يَنزِعُه مني؟!

فقال عليه الصلاة والسلام: «أنتِ أحَقُّ به مالم تتزوَّجي»[2].

ولأن الأُمَّ أشفقُ، وأقدرُ علىٰ الحضانة، فكان الدفعُ إليها أنظرَ.

وإليه أشار الصدِّيقُ رضي الله عنه بقوله: «رِيقُها خيرٌ له من شُهْدٍ وعَسَلٍ عندكَ يا عمر!»[3].

---

(١) جاءت نسخٌ بعنوان: باب الحضانة، فقط، وفي نُسخ: باب الولد مَن أحق به؟، وجمَعَتْ بعضُ النُّسخ بينهما، وهو ما أثبتُّه.

(٢) سنن أبي داود (٢٢٧٦)، مسند أحمد (٦٧٠٧)، وإسناده صحيح، ينظر البدر المنير ٢٠/٢٤٣.

(٣) قال في نصب الراية ٣/٢٦٦: غريب بهذا اللفظ، وبمعناه في مصنف ابن أبي شيبة (١٩١٢٣)، مصنف عبد الرزاق (١٢٦٠١)، التعريف والإخبار ٣/١٠٢.

فإن لم تكن له أُمٌّ : فأُمُّ الأُمِّ أَوْلىٰ من أُمِّ الأبِ وإن بَعُدَتْ .

فإن لم تكن : فأمُّ الأبِ أَوْلىٰ من الأخوات .

فإن لم تكن له جَدَّةٌ : فالأخواتُ أَوْلىٰ من العَمَّات والخالات .

قاله حين وقعتِ الفُرقةُ بينه وبين امرأتِه، والصحابةُ حاضرون متوافرون[١].

والنفقةُ علىٰ الأبِ؛ علىٰ ما نَذْكُرُ.

ولا تُجبرُ الأُمُّ عليها[٢]؛ لأنها عَسَتْ تَعجِزُ عن الحضانة.

قال: (فإن لم تكن له أُمٌّ: فأُمُّ الأُمِّ أَوْلىٰ من أُمِّ الأبِ وإن بَعُدَتْ)؛ لأن هذه الولايةَ تُستفادُ من قِبَل الأمهات.

(فإن لم تكن[٣]: فأمُّ الأبِ أَوْلىٰ من الأخوات)؛ لأنها من الأمهات، ولهذا تُحرِزُ[٤] ميراثَهن[٥] السدسَ.

ولأنها أوفرُ شفقةً؛ للوِلاد[٦].

قال: (فإن لم تكن له جَدَّةٌ: فالأخواتُ أَوْلىٰ من العَمَّات والخالات)؛ لأنهنَّ بناتُ الأبوين، ولهذا قُدِّمْنَ في الميراث.

---

(١) أي فحَلَّ محلَّ الإجماع. البناية ٧/٣٣٤، وامرأته: هي أم عاصم، جميلة.

(٢) أي علىٰ الحضانة، وفي نُسَخ: عليه. ويكون التقدير: علىٰ الولد.

(٣) أي أُمُّ الأُمِّ.

(٤) أي الجدَّات يُحرزن ميراث الأمهات.

(٥) أي تُحرز ميراثَ الأمهات السدس.

(٦) أي لأجل الوِلاد، وفي نُسَخ: للولد.

وتُقدَّم الأختُ لأبٍ وأمٍّ، ثم الأختُ من الأُمِّ، ثم الأختُ من الأب.

ثم الخالاتُ أَوْلىٰ من العَمَّات، ويُنَزَّلْنَ كما نُزِّلَتِ الأخواتُ، ثم العمَّاتُ يُنَزَّلْنَ كذلك.

وكلُّ مَن تزوَّجتْ من هؤلاء: سَقَطَ حقُّها.

وفي روايةٍ: الخالةُ أَولىٰ من الأخت لأبٍ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخالةُ: والدةٌ»[1].

وقيل في قوله تعالىٰ: ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيۡهِ عَلَى ٱلۡعَرۡشِ ﴾. يوسف/١٠٠: أنها كانت خالتَه.

قال: (وتُقدَّم[2] الأختُ لأبٍ وأمٍّ)؛ لأنها أشفقُ.

(ثم الأختُ من الأُمِّ، ثم الأختُ من الأب)؛ لأن الحقَّ لهنَّ من قِبَل الأم.

(ثم الخالاتُ أَولىٰ من العَمَّات)؛ ترجيحاً لقرابة الأم.

(ويُنَزَّلْنَ كما نُزِّلَتِ[3] الأخواتُ)، معناه: تُرجَّحُ ذاتُ قرابتَيْن، ثم قرابةُ الأم.

قال: (ثم العمَّاتُ يُنَزَّلْنَ كذلك).

قال: (وكلُّ مَن تزوَّجتْ من هؤلاء: سَقَطَ حقُّها)؛ لِمَا روينا.

---

(١) مسند أحمد (٧٧٠)، المعجم الكبير للطبراني (٦٧٧)، وبلفظ: «الخالة بمنزلة الأم»: في صحيح البخاري (٢٦٩٩).

(٢) جاء في بداية المبتدي ص٢٩٢ قبل ذكر هذه الجملة ما يلي: وفي الجامع الصغير ـ ص١٢٧ ـ: ثم الجدة لأبٍ، ثم الخالة.

(٣) وفي نُسخ: نزَّلنا.

إلا الجَدَّةَ إذا كان زوجُها الجدَّ.

فإن لم تكنْ للصبيِّ امرأةٌ من أهله، فاختصم فيه الرجالُ: فأَوْلاهم به أقربُهم إليه تعصيباً.

ولأن زوجَ الأمِّ إذا كان أجنبياً: يُعطيه نَزْراً[١]، ويَنظرُ إليه شَزْراً، فلا نَظَرَ.

قال: (إلا الجَدَّةَ إذا كان زوجُها الجدَّ[٢])؛ لأنه قام مَقامَ أبيه، فيَنظرُ له.

وكذا كلُّ زوجٍ هو ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه؛ لقيام الشفقةِ؛ نَظَراً إلىٰ القرابة القريبة.

ومَن سَقَطَ حَقُّها بالتزوُّج: يعودُ إذا ارتفعتِ الزوجيةُ؛ لأنَّ المانعَ قد زال.

قال: (فإن لم تكنْ للصبيِّ امرأةٌ من أهله، فاختصم فيه الرجالُ: فأَوْلاهم به أقربُهم إليه تعصيباً)؛ لأن الولايةَ للأقرب، وقد عُرف الترتيبُ في موضعه[٣].

غيرَ أن الصغيرةَ لا تُدفَعُ إلىٰ عصبةٍ غيرِ مَحْرَمٍ، كمولىٰ العَتاقة، وابنِ العمِّ؛ تحرُّزاً عن الفتنة.

---

(١) أي قليلاً، ومعنىٰ قوله: نَظَراً شَزْراً: أي نَظَرَ إعراضٍ، كنظر المبغِض.

(٢) يعني إذا كانت الجدةُ متزوجةً بالجد: لا يسقط حقها وإن كانت ذات زوج. البناية ٧/٣٣٦.

(٣) في باب الميراث، وولاية النكاح.

والأمُّ والجدةُ أحقُّ بالغلام حتىٰ يأكُلَ وحدَه، ويَشرَبَ وحدَه، ويَلبَسَ وحدَه، ويَستنجِيَ وحدَه.

وفي «الجامع الصغير»: حتىٰ يَستغنِيَ، فيأكُلَ وحدَه، ويَشربَ وحدَه، ويلبسَ وحدَه.

والأمُّ والجَدَّةُ أحَقُّ بالجارية حتىٰ تحيضَ.

قال: (والأمُّ والجدةُ أحقُّ بالغلام حتىٰ يأكُلَ وحدَه، ويَشرَبَ وحدَه، ويَلبَسَ وحدَه، ويَستنجِيَ وحدَه.

وفي «الجامع الصغير[1]»: حتىٰ يَستغنِيَ، فيأكُلَ وحدَه، ويَشربَ وحدَه، ويلبسَ وحدَه).

والمعنىٰ واحدٌ؛ لأن تمامَ الاستغناء: بالقدرة علىٰ الاستنجاء.

ووجهُه: أنه إذا استغنىٰ: يَحتاجُ إلىٰ التأدُّب والتخلُّقِ بآداب الرجال وأخلاقِهم، والأبُ أقدرُ علىٰ التأديبِ والتثقيف.

والخَصَّاف[2] رحمه الله قدَّرَ الاستغناءَ بسبع سنين؛ اعتباراً للغالب.

قال: (والأمُّ والجَدَّةُ أحَقُّ بالجارية حتىٰ تحيضَ)؛ لأن بعدَ الاستغناء: تحتاجُ إلىٰ معرفة آداب النساء، والمرأةُ علىٰ ذلك أَقْدَرُ، وبعدَ البلوغ: تحتاجُ إلىٰ التحصين والحفظِ، والأبُ فيه أقوىٰ وأهدىٰ.

---

(١) ص١٢٧.

(٢) أحمد بن عمر (عمرو) الخصَّاف الشيباني، الإمام الفقيه الحنفي الشهير، صاحب أحكام الأوقاف، وكتاب الحِيَل، وغيرهما، ت ٢٦١هـ. الأعلام ١/ ١٨٥.

ومَن سِوىٰ الأُمِّ والجَدَّةِ : أحَقُّ بالجارية حتىٰ تبلُغَ حَدّاً تُشتَهىٰ .

وفي «الجامع الصغير» : حتى تَستغنِيَ .

والأَمَةُ إذا أعتقها مولاها، وأمُّ الولد إذا أُعتِقَت : كالحُرَّة في حَقِّ الولد .

وليس لهما قبلَ العتقِ حَقٌّ في الولد .

وعن محمدٍ رحمه الله: أنها تُدفَعُ إلىٰ الأبِ إذا بَلَغَتْ حَدَّ الشهوة؛ لتحقُّق الحاجةِ إلىٰ الصيانة.

قال: (ومَن سِوىٰ الأُمِّ والجَدَّةِ: أحَقُّ بالجارية حتىٰ تبلُغَ حَدّاً تُشتَهىٰ.

وفي «الجامع الصغير[1]»: حتى تَستغنِيَ).

لأنها لا تقدِرُ علىٰ استخدامها، ولهذا لا تؤاجرُها[2] للخدمة، فلا يحصلُ المقصودُ[3]، بخلاف الأُمِّ والجَدَّة؛ لقدرتهما عليه شرعاً.

قال: (والأَمَةُ إذا أعتقها مولاها، وأمُّ الولد إذا أُعتِقَت: كالحُرَّة في حَقِّ الولد)؛ لأنهما حُرَّتان أَوَانَ ثبوتِ الحقِّ.

(وليس لهما قبلَ العتقِ حَقٌّ في الولد)؛ لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولىٰ.

---

(١) ص١٢٧.

(٢) أي الصغيرة.

(٣) وهو التعليم.

والذميةُ أحَقُّ بولدها المسلمِ، ما لم يَعقِلِ الأديانَ، أو يُخَافُ عليه أن يألَفَ الكفرَ.

ولا خيارَ للغلام والجارية.

قال: (والذميةُ أحَقُّ بولدها المسلمِ، ما لم يَعقِلِ الأديانَ، أو يُخَافُ عليه أن يألَفَ الكفرَ)؛ للنظر قبلَ ذلك، واحتمالِ الضررِ بعدَه.

قال: (ولا خيارَ للغلام والجارية).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لهما الخيارُ؛ لأن النبيَّ عليه الصلاة والسلام خَيَّرَ[2].

ولنا: أنه لقصور عقله يختارُ مَن عنده الدَّعَةَ[3]؛ لتخليتِه بينه وبين اللعب، فلا يتحقَّقُ النظرُ.

وقد صحَّ أن الصحابة رضي الله عنهم لم يُخيِّروا[4].

---

(١) كفاية الأخيار ٢/٢٨٣.

(٢) أي خيَّر الولدَ بين أمه وأبيه، كما في سنن أبي داود (٢٢٧٧)، وسنن النسائي الكبرىٰ (٥٦٦٠)، وسنن الترمذي (١٣٥٧) باختصار، وصححه، كما صححه ابن القطان، الدراية ٢/٨٢.

(٣) أي الراحة والترك.

(٤) قال في نصب الراية ٣/٢٦٦: غريب بهذا اللفظ، وبمعناه في مصنف ابن أبي شيبة (١٩١٢٣)، مصنف عبد الرزاق (١٢٦٠١)، التعريف والإخبار ٣/١٠٢، وتقدم قريباً، الدراية ٢/٨٢.

. . . .

وأما الحديث: فقلنا: قد قال عليه الصلاة والسلام: «اللهمَّ اهدِه»[1]، فوُفِّق لاختيار الأنظرَ بدعائه عليه الصلاة والسلام.

أو يُحمَلُ علىٰ ما إذا كان بالغاً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) ففي الحديث: «أنه أسلم، وأَبَتْ امرأتُه أن تُسلم، فجاء ابنٌ لهما صغير لم يبلغ، فخيَّره، وقال: اللهم اهدِه، فذهب إلىٰ أبيه»، كما في سنن أبي داود (٢٢٤٤)، وغيره، الدراية ٨٢/٢، لكن قال في التعريف والإخبار ١٠٥/٣: في سنده اختلافٌ كثيرٌ، وألفاظٌ مختلفة، وقال ابن المنذر: لا يُثبِته أهل النقل، وفي إسناده مقالٌ.

فصلٌ في خروج المطلَّقة

وإذا أرادتِ المطلَّقةُ أن تَخرجَ بولدِها من المصر: فليس لها ذلك.
إلا أنْ تَخرجَ به إلىٰ وطنِها وقد كان الزوجُ تزوَّجها فيه.

فصلٌ في خروج المطلَّقة(١)

وبيان حُكم إخراج ولدها إلىٰ القُرَىٰ

قال: (وإذا أرادتِ المطلَّقةُ(٢) أن تَخرجَ بولدِها من المصر: فليس لها ذلك)؛ لِمَا فيه من الإضرار بالأب.

(إلا أنْ تَخرجَ به إلىٰ وطنِها وقد كان الزوجُ تزوَّجها فيه)؛ لأنه التزم المُقامَ فيه عُرْفاً وشرعاً.

قال عليه الصلاة والسلام: «مَن تأهَّل ببلدةٍ: فهو منهم»(٣).

ولهذا يصيرُ الحربيُّ به(٤) ذمياً.

فإن أرادتِ الخروجَ إلىٰ مصرٍ غيرِ وطنها، وقد كان التزوُّجُ فيه: أشار

---

(١) هكذا: فصلٌ في خروج المطلقة: في نُسخ، وفي أخرىٰ: فصل. فقط

(٢) أي بعد انقضاء عدتها.

(٣) بلفظ: «مَن تأهَّل في بلدٍ: فهو من أهلها فليصلِّ أربعاً»: في شرح مشكل الآثار (٤٢٢١)، وفي مسند أحمد (٤٤٣) بلفظ: «مَن تأهَّل في بلدٍ: فليصلِّ صلاةَ مقيم»، وفي إسناده ضعف، وفي مسند أبي يعلىٰ (المقصد العلي ٣٥٣): «إذا تزوج الرجل ببلدٍ: فهو من أهلها»، وينظر الدراية ٢/٨٢.

(٤) أي بالتزوج.

. . . .

في «الكتاب[١]» إلىٰ أنه ليس لها ذلك، وهذه روايةُ كتاب الطلاق[٢].

وذَكَرَ في «الجامع الصغير[٣]» أنَّ لها ذلك؛ لأن العقدَ متىٰ وُجِدَ في مكانٍ: يوجِبُ أحكامَه فيه، كما يوجِبُ البيعُ التسليمَ في مكانه.

ومِن جملةِ ذلك: حقُّ إمساكِ الأولاد.

وَجْهُ الأولِ: أنَّ التزوَّجَ في دار الغُرْبة: ليس التزاماً للمُكْثِ فيه عُرْفاً، وهذا أصحُّ.

والحاصلُ: أنه لا بدَّ من الأمرَيْن جميعاً: الوطنِ، ووجودِ النكاح، وهذا كلُّه إذا كان بين المِصرَيْن تفاوتٌ.

أما إذا تقاربا، بحيث يُمكنُ للوالد أن يُطالِعَ ولدَه، ويَبيتَ في بيته: فلا بأس به، وكذا الجوابُ في القريتَيْن.

ولو انتقلتْ من قريةِ المصر إلىٰ المصر: لا بأسَ به؛ لأن فيه نَظَراً للصغير؛ حيث يتخلَّقُ بأخلاق أهلِ المصر، وليس فيه ضررٌ بالأب.

وفي عكسه: ضررٌ بالصغير؛ لتخلُّقِه بأخلاقِ أهلِ السَّواد[٤]، فليس لها ذلك، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) من كتاب الأصل، للإمام محمد رحمه الله.

(٣) ص١٢٧.

(٤) أي أهل القرىٰ.

باب النفقة

النفقةُ واجبةٌ للزوجة علىٰ زوجِها، مسلمةً كانت أو كافرةً، إذا سلَّمَتْ نفسَها إلىٰ منزلِه، فعليه نفقتُها، وكِسوتُها، وسُكناها.

باب النفقة

قال: (النفقةُ واجبةٌ للزوجة علىٰ زوجها، مسلمةً كانت أو كافرةً، إذا سلَّمَتْ نفسَها في[1] منزلِه، فعليه نفقتُها، وكِسوتُها، وسُكناها).

والأصلُ في ذلك: قولُه تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾. الطلاق/٧.

وقولُه تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾. البقرة/٢٣٣.

وقولُه عليه الصلاة والسلام في حديث حَجَّة الوَداع: «ولهنَّ عليكم رزقُهنَّ وكِسوتُهن بالمعروف»[2].

ولأن النفقةَ جزاءُ الاحتباس، وكلُّ مَن كان محبوساً بحَقٍّ مقصودٍ لغيره: كانت نفقتُه عليه.

أصلُه[3]: القاضي، والعامِلُ في الصدقات[4].

---

(١) وفي نُسَخ: إلىٰ.

(٢) من حديث جابر رضي الله عنه في صحيح مسلم (١٢١٨).

(٣) أي أصل مَن كان محبوساً لمنفعة ترجع إلىٰ غيره.

(٤) لأنهما حَبَسا أنفسَهما لمصالح المسلمين، كالمفتي، والوصي.

ويُعتبر في ذلك حالُهما جميعاً.

وهذه الدلائلُ لا فَصْلَ فيها[١]، فتستوي فيها المسلمةُ والكافرةُ.

قال: (ويُعتبر في ذلك حالُهما جميعاً).

قال العبد الضعيف عَصَمَه الله[٢]: وهذا اختيارُ الخصَّاف رحمه الله، وعليه الفتوىٰ.

وتفسيرُه: أنهما إذا كانا موسِرَيْن: تجبُ نفقةُ اليسار.

وإن كانا معسِرَيْن: فنفقةُ الإعسار.

وإن كانت معسِرةً، والزوجُ موسراً[٣]: فنفقتُها دونَ نفقةِ الموسرات، وفوقَ نفقةِ المعسرات.

وقال الكرخيُّ[٤] رحمه الله: يُعتبرُ حالُ الزوج، وهو قولُ الشافعي[٥] رحمه الله؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾. الطلاق/٧.

ووَجْهُ الأولِ: قولُه عليه الصلاة والسلام لهندٍ امرأةِ أبي سفيان رضي الله عنهما: «خُذِي من مال زوجِكِ ما يكفيكِ وولدَكِ بالمعروف»[٦].

---

(١) أي لا فرق فيها، بل هي مُطْلَقةٌ.

(٢) وفي نُسخ: قال رضي الله عنه.

(٣) وفي نُسخ: موسرٌ. قلت: بحسب التقدير.

(٤) وهو ظاهر الرواية، وإليه ذهب كثيرٌ من مشايخ الحنفية. البناية ٧/ ٣٥٠.

(٥) الحاوي الكبير ١١/ ٢٥٠.

(٦) صحيح البخاري (٢٢١١، ٥٣٦٤)، صحيح مسلم (١٧١٤).

وإن امتنعتْ من تسليم نفسِها حتىٰ يُعطيَها مهرَها : فلها النفقةُ .

وإن نَشَزَتْ : فلا نفقةَ لها حتىٰ تعودَ إلىٰ منزلِه .

وإن كانت صغيرةً لا يُستَمْتَعُ بها : فلا نفقةَ لها وإن سُلِّمتْ إليه .

اعتَبرَ حالَها، وهو الفقهُ، فإن النفقةَ تجبُ بطريق الكفاية، والفقيرةُ لا تفتقرُ إلىٰ كفايةِ الموسرات، فلا معنىٰ للزيادة.

وأما النصُّ[1]: فنحنُ نقولُ بموجَبِه، أنه يُخاطَبُ بقَدْر وُسْعه، والباقي دَيْنٌ في ذمته.

ومعنىٰ قولِه: بالمعروف: الوَسَطُ، وهو الواجب.

وبه يتبيَّنُ أنه لا معنىٰ للتقدير، كما ذهب إليه الشافعيُّ رحمه الله، أنه علىٰ الموسر: مُدَّان، وعلىٰ المعسر: مُدٌّ، وعلىٰ المتوسِّط: مُدٌّ ونصفُ مُدٍّ؛ لأن ما وَجَبَ كفايةً: لا يتقدَّرُ شرعاً في نفسه.

قال: (وإن امتنعتْ من تسليم نفسِها حتىٰ يُعطيَها مهرَها: فلها النفقةُ)؛ لأنه مَنْعٌ بحقٍّ، فكان فَوْتُ الاحتباسِ لمعنىً من قِبَلِه، فيُجعَلُ كلا فائتٍ.

قال: (وإن نَشَزَتْ: فلا نفقةَ لها حتىٰ تعودَ إلىٰ منزلِه)؛ لأن فَوْتَ الاحتباسِ منها، وإذا عادت: جاء الاحتباسُ، فتجبُ النفقةُ.

بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج، لأنَّ الاحتباسَ قائمٌ، والزوجُ يَقدِرُ على الوطء كَرْهاً.

قال: (وإن كانت صغيرةً لا يُستَمْتَعُ بها: فلا نفقةَ لها وإن سُلِّمت إليه).

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾. الطلاق/٧.

وإن كان الزوجُ صغيراً لا يَقْدِرُ علىٰ الوطء، وهي كبيرةٌ: فلها النفقةُ في مالِه.

وإذا حُبِسَتِ المرأةُ في دَيْنٍ: فلا نفقةَ لها، وكذا إذا غَصَبَها رجلٌ كَرْهاً، فذهب بها.

لأن امتناعَ الاستمتاعِ لمعنىً فيها، والاحتباسُ الموجِبُ: ما يكونُ وسيلةً إلىٰ مقصودٍ مستَحَقٍّ بالنكاح، ولم يوجَدْ، بخلاف المريضة، علىٰ ما نُبَيِّنه.

وقال الشافعي رحمه الله: لها النفقةُ[1]؛ لأنها عِوَضٌ عن المِلْكِ عنده، كما في المملوكة بمِلْكِ اليمين.

ولنا: أن المهرَ عِوَضٌ عن الملك، ولا يَجتمعُ العِوَضان عن معوَّضٍ واحدٍ، فلها المهرُ، دون النفقة.

قال: (وإن كان الزوجُ صغيراً لا يَقْدِرُ علىٰ الوطء، وهي كبيرةٌ: فلها النفقةُ في مالِه)؛ لأن التسليمَ قد تحقَّق منها، وإنما العَجْزُ من قِبَله، فصار كالمجبوب، والعِنِّين.

قال: (وإذا حُبِسَتِ المرأةُ في دَيْنٍ: فلا نفقةَ لها)؛ لأن فَوْتَ الاحتباسِ منها بالمماطلة، وإن لم يكن منها، بأن كانت عاجزةً: فليس منه[2].

قال: (وكذا إذا غَصَبَها رجلٌ كَرْهاً، فذهب بها).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن لها النفقةَ.

---

(١) الأصح عنده أنها لا تجب لها النفقة كقول الحنفية. العزيز ١٠/٣٣.

(٢) أي فليس من الزوج السبب، فلا يطالَبُ بالنفقة.

وكذا إذا حَجَّتْ مع مَحْرَمٍ، فلا نفقةَ لها.

وإن مرِضَتْ في منزلِ الزوجِ: فلها النفقةُ.

والفتوىٰ علىٰ الأول؛ لأن فَوْتَ الاحتباسِ ليس منه؛ ليُجعَلَ باقياً تقديراً.

قال: (وكذا إذا حَجَّتْ مع مَحْرَمٍ، فلا نفقةَ لها)؛ لأن فوتَ الاحتباسِ منها.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن لها النفقةَ؛ لأن إقامةَ الفرضِ عُذْرٌ، ولكن تجبُ عليه نفقةُ الحَضَر، دونَ السفر؛ لأنها هيَ المستَحَقَّةُ عليه.

ولو سافر معها الزوجُ: تجبُ النفقةُ، بالاتفاق؛ لأن الاحتباسَ قائمٌ؛ لقيامه عليها، وتجبُ نفقةُ الحضر، دونَ السفر، ولا يجبُ الكِراءُ؛ لما قلنا.

قال: (وإن مرِضَتْ في منزلِ الزوجِ: فلها النفقةُ).

والقياسُ أن لا نفقةَ لها إذا كان مرضاً يمنعُ من الجماع؛ لفَوْتِ الاحتباس للاستمتاع.

وجهُ الاستحسان: أن الاحتباس[1] قائمٌ، فإنه يَستأنِسُ بها، ويَمَسُّها، وتحفظُ البيتَ، والمانعُ بعارِضٍ، فأشبه الحيضَ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنها إذا سلَّمت نفسَها، ثم مرضت: تجبُ لها النفقةُ؛ لتحقُّق التسليم.

ولو مرضت، ثم سلَّمَت: لا تجبُ؛ لأنَّ التسليمَ لم يصحَّ.

---

(١) وفي نسخة مصحَّحة: الاستمتاع.

وتُفْرَضُ علىٰ الزوجِ النفقةُ إذا كان موسراً، ونفقةُ خادِمِها.

ولا تُفْرَضُ لأكثرَ من خادمٍ واحدٍ.

قالوا: هذا حَسَنٌ، وفي لفظ «الكتاب[١]» ما يُشيرُ إليه، وهو قولُه: وإن مَرِضتْ في منزل الزوج.

قال: (وتُفْرَضُ علىٰ الزوجِ النفقةُ إذا كان موسراً، ونفقةُ خادِمِها[٢]).

والمرادُ بهذا: بيانُ نفقةِ الخادم، ولهذا ذُكِرَ في بعضِ النُّسَخ[٣]: وتُفرَضُ علىٰ الزوج إذا كان موسِراً نفقةُ خادِمِها.

ووجهُه[٤]: أن كفايتَها واجبةٌ عليه، وهذا من تمامِها، إذْ لا بُدَّ لها منه.

قال: (ولا تُفْرَضُ لأكثرَ من خادمٍ واحدٍ)؛ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تُفرَضُ لخادِمَيْن؛ لأنها تحتاجُ إلىٰ أحدِهما لمصالِحِ الداخل، وإلىٰ الآخَرِ لمَصالِحِ الخارج.

ولهما: أن الواحدَ يقومُ بالأمرَيْن، فلا ضرورةَ إلىٰ اثنين.

ولأنه لو تولَّىٰ كفايتَها بنفسه: كان كافياً، فكذا إذا أقام الواحدَ مقامَ نفسِه.

وقالوا: إن الزوجَ الموسِرَ يلزَمُه من نفقة الخادم: ما يلزَمُ المعسرَ من نفقةِ امرأته، وهو أدنىٰ الكفاية.

---

(١) أي مختصر القدوري.

(٢) لفظ: الخادم: يُطلق علىٰ الغلام والجارية.

(٣) أي نُسَخ مختصر القدوري. البناية ٧/٣٥٩.

(٤) أي وجه وجوب نفقة الخادم.

ومَن أعسَرَ بنفقة امرأتِه : لم يُفَرَّقْ بينهما ، ويُقالُ لها : استَدِينِيْ عليه .

وقوله في «الكتاب»: إذا كان موسراً: إشارةٌ إلىٰ أنه لا تجبُ نفقةُ الخادم عند إعساره، وهو روايةُ الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله، وهو الأصحُّ.

خلافا لِمَا قاله محمدٌ رحمه الله.

لأن[1] الواجبَ علىٰ المعسر أدنىٰ الكفاية، وهي قد تكتفي بخدمة نفسِها.

قال: (ومَن أعسَرَ بنفقة امرأتِه: لم يُفَرَّقْ بينهما، ويُقالُ لها: استَدِينِيْ عليه).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يُفَرَّقُ؛ لأنه عَجَزَ عن الإمساكِ بالمعروف، فينوبُ القاضي مَنَابَه في التفريق، كما في الجَبِّ والعُنَّة، بل أَوْلىٰ؛ لأن الحاجةَ إلىٰ النفقة أقوىٰ.

ولنا: أن حَقَّه يَبطُلُ، وحَقُّها يتأخَّرُ، والأولُ أقوىٰ في الضرر، وهذا لأن النفقةَ تصيرُ دَيْناً بفَرْض القاضي، فتَستَوفِي[3] في الزمان الثاني.

وفَوْتُ المال[4] وهو تابعٌ في النكاح: لا يُلْحَقُ بما هو المقصودُ، وهو التوالُدُ.

---

(١) هذا تعليلٌ لرواية الحسن، وهو الذي قال عنه المصنف: هو الأصح. البناية ٣٦١/٧، حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٢) الحاوي الكبير ٤٥٥/١١.

(٣) وضُبطت في نُسخ أخرىٰ بالمبني للمجهول: فيُستوفىٰ. قلت: أي الدينُ.

(٤) وفَوْتُ المال: مبتدأ، وخبرُه: قولُه: لا يُلحقُ: علىٰ صيغة المجهول، وهو جوابٌ عن قياس الإمام الشافعي. البناية ٣٦٢/٧.

وإذا قضىٰ القاضي لها بنفقةِ الإعسار، ثم أيسر، فخاصَمَتْه: تَمَّمَ لها نفقةَ الموسِرِ.

وإذا مَضَتْ مدةٌ لم يُنفِقِ الزوجُ عليها، وطالَبَتْه بذلك: فلا شيءَ لها، إلا أن يكونَ القاضي فَرَضَ لها النفقةَ، أو صالحتِ الزوجَ علىٰ مقدارٍ منها: فيُقضىٰ لها بنفقةِ ما مضىٰ.

وفائدةُ الأمرِ بالاستدانة مع الفرض[1]: أن يُمكِنَها إحالةُ الغريمِ علىٰ الزوج.

فأما إذا كانتِ الاستدانةُ بغير أمر القاضي: كانت المطالبةُ عليها، دونَ الزوج.

قال: (وإذا قضىٰ القاضي لها بنفقةِ الإعسار، ثم أيسر، فخاصَمَتْه: تَمَّمَ لها نفقةَ الموسِرِ).

لأن النفقةَ تختلفُ باختلاف[2] اليسار والإعسار، وما قَضَىٰ به: تقديرٌ لنفقةٍ لم تجبْ، فإذا تبدَّل حالُه: فلها المطالبةُ بتمام حقِّها.

قال: (وإذا مَضَتْ مدةٌ لم يُنفِقِ الزوجُ عليها، وطالَبَتْه بذلك: فلا شيءَ لها، إلا أن يكونَ القاضي فَرَضَ لها النفقةَ، أو صالحتِ الزوجَ علىٰ مقدارِ منها[3]: فيُقضىٰ لها بنفقةِ ما مضىٰ).

لأن النفقةَ صِلَةٌ، وليست بعوضٍ عندنا، علىٰ ما مَرَّ من قبلُ، فلا

---

(١) أي مع فرض القاضي. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٢) وفي نُسخ: بحسب.

(٣) وفي نُسَخ: فيها.

وإن مات الزوجُ بعد ما قُضِيَ عليه بالنفقة، ومضىٰ شهورٌ: سَقَطَتِ النفقةُ، وإن أسلَفَها نفقةَ السَّنَةِ ثم مات: لم يُسْتَرْجَعْ منها شيءٌ.

يَستحكِمِ الوجوبُ فيها إلا بالقضاء، كالهبة لا توجِبُ الملكَ إلا بمؤكِّدٍ، وهو القبضُ.

والصلحُ[1]: بمنزلة القضاء، لأنَّ ولايته علىٰ نفسه: أقوىٰ من ولاية القاضي[2]، بخلاف المهر؛ لأنه عوضٌ.

قال: (وإن مات الزوجُ بعد ما قُضِيَ عليه بالنفقة، ومَضَتْ[3] شهورٌ: سَقَطَتِ النفقةُ).

وكذا إذا ماتت الزوجةُ؛ لأن النفقةَ صِلَةٌ، والصِّلاتُ تسقُطُ بالموت، كالهبة تبطلُ بالموت قبلَ القبض.

وقال الشافعي[4] رحمه الله: تصيرُ دَيْناً في الذمة قبلَ القضاء، ولا تسقطُ بالموت؛ لأنه عِوَضٌ عنده، فصار كسائر الديون.

وجوابُه: قد بيَّنَّاه.

قال: (وإن أسلَفَها نفقةَ السَّنَةِ)، أي عجَّلَها، (ثم مات: لم يُسْتَرْجَعْ منها شيءٌ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

---

(١) أي صلح المرأة مع زوجها علىٰ شيء من النفقة.

(٢) لأن له أن يلتزم بالنفقة فوق ما يُلزمه القاضي بالمعروف، فكان صُلحه: بمنزلة القضاء، بل أَوْلىٰ.

(٣) وفي نُسخ: ومَضَىٰ شهور.

(٤) المهذب ٣/١٥٣، روضة الطالبين ٨/٤٢٣.

وقال محمدٌ رحمه الله : يُحتَسَبُ لها نفقةُ ما مضىٰ، وما بقِيَ : للزوج.

وإذا تزوج العبدُ حرةً، فنَفَقَتُها دَيْنٌ عليه، يُباعُ فيها.

(وقال محمدٌ رحمه الله: يُحتَسَبُ لها نفقةُ ما مضىٰ، وما بقِيَ: للزوج)، وهو قولُ الشافعي[١] رحمه الله.

وعلىٰ هذا الخلافِ: الكِسوة؛ لأنها استعجَلَتْ عوضاً عما تستَحِقُّه عليه بالاحتباس، وقد بَطَلَ الاستحقاقُ[٢] بالموت، فيَبطلُ العوضُ بقَدْره، كرزْق القاضي، وعطاءِ المقاتِلة.

ولهما: أنه صِلَةٌ، وقد اتصل به القبضُ، ولا رجوعَ في الصلاتِ بعد الموت؛ لانتهاءِ حُكْمِها، كما في الهبة.

ولهذا لو هَلَكَتْ من غير استهلاك: لا يُستَرَدُّ شيءٌ منها، بالإجماع.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنها إذا قَبَضَتْ نفقةَ الشهر، أو ما دونه: لا يُسترجَعُ منها شيءٌ؛ لأنه يسيرٌ، فصار في حُكْمِ الحالِّ.

قال: (وإذا تزوج العبدُ حرةً، فنَفَقَتُها دَيْنٌ عليه، يُباعُ فيها).

ومعناه: إذا تزوج بإذن المولىٰ؛ لأنه دَيْنٌ وَجَبَ في ذمته؛ لوجود سببِه، وقد ظَهَرَ وجوبُه في حَقِّ المولىٰ، فيتَعَلَّق برقبته، كدين التجارة في العبد التاجر.

وللمولىٰ أن يَفْدِيَ؛ لأن حقَّها في النفقة، لا في عينِ الرقبة.

---

(١) المجموع ١٨/٢٦٣.

(٢) وفي نُسخ: الاحتباس.

وإن تزوَّج الحرُّ أمةً، فبَوَّأها مولاها معه منزلاً: فعليه النفقةُ.

وإن لم يبوِّئْها: فلا نفقةَ لها.

ولو مات العبدُ: سقطت.

وكذا إذا قُتِل، في الصحيح؛ لأنه صِلَةٌ.

قال: (وإن تزوَّج الحرُّ أمةً، فبَوَّأها مولاها معه منزلاً: فعليه النفقةُ)؛ لأنه تحقَّقَ الاحتباسُ.

(وإن لم يبوِّئْها: فلا نفقةَ لها)؛ لعدم الاحتباس.

والتبوئةُ: أن يُخلِّيَ بينها وبينَه في منزله، ولا يستخدِمَها.

ولو استخدَمَها بعد التبوئة: سقطتِ النفقةُ؛ لأنه فاتَ الاحتباسُ.

والتبوئةُ: غيرُ لازمةٍ، علىٰ ما مرَّ في النكاح[1].

ولو خَدَمَتْه الجاريةُ أحياناً من غيرِ أن يستخدمها: لا تسقطُ النفقةُ؛ لأنه لم يستخدِمْها ليكون استرداداً.

والمدبَّرةُ، وأمُّ الولد في هذا: كالأَمَة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) في باب نكاح الرقيق.

فصلٌ

وعلىٰ الزوجِ أن يُسْكِنَها في دارٍ مفرَدةٍ، ليس له فيها أحدٌ من أهلِه، إلا أن تختارَ ذلك.

فصلٌ

في بيان السُّكنَىٰ

قال: (وعلىٰ الزوجِ أن يُسكِنَها في دارٍ[1] مفرَدةٍ، ليس له فيها أحدٌ من أهلِه[2]، إلا أن تختارَ ذلك)؛ لأنَّ السُّكْنىٰ من كفايتِها، فتجبُ لها كالنفقة.

وقد أوجبه[3] الله تعالىٰ مقروناً بالنفقة[4]، وإذا وجب حقاً لها: ليس له أن يُشرِكَ غيرَها فيه؛ لأنها تتضرَّرُ به، فإنها لا تأمَنُ غالباً علىٰ متاعِها،

---

(١) سيأتي قريباً: أنه لو أسكنها في بيتٍ من الدار مفرَدٍ، وله غَلَقٌ: كفاها، أي لم يكن لها أن تطلب من الزوج بيتاً آخر.

ويأتي سؤالٌ هنا: ما فائدة قول المؤلف: وعلىٰ الزوج أن يُسكنها في دار مفردة: إذا كان البيت الواحد من الدار يجزئ بحسب عبارته الثانية؟

(٢) كأُمِّه وأخته.

(٣) أي أوجب الله تعالىٰ الإسكانَ في قوله: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾. الطلاق/٦.

(٤) قال الإتقاني في غاية البيان: ما كان يحتاج صاحبُ الهداية أن يقولَ: مقروناً بالنفقة، ومراده: أي الأمر بالإسكان مقرونٌ بالأمر بالإنفاق، علىٰ قراءة ابن مسعود رضي الله عنه. وينظر البناية ٧/ ٣٧٢.

وإن كان له ولدٌ من غيرِها : فليس له أن يُسْكِنَه معها .

وله أن يَمنَعَ والدَيْها، وولدَها من غيره، وأهلَها من الدخولِ عليها .

ولا يمنعُهم من النظرِ إليها، وكلامِها في أيِّ وقتٍ اختاروا .

ويمنعُها ذلك من المعاشرة مع زوجِها، ومن الاستمتاع، إلا أن تختارَ ذلك؛ لأنها رضيتْ بانتقاص حقِّها.

قال: (وإن كان له ولدٌ من غيرِها: فليس له أن يُسْكِنَه معها)؛ لِمَا بيَّنَّا.

ولو أسكنها في بيتٍ من الدار مفرَدٍ، وله غَلَقٌ: كفاها؛ لأن المقصودَ قد حصل.

قال: (وله أن يَمنَعَ والدَيْها، وولدَها من غيره، وأهلَها من الدخولِ عليها)؛ لأن المنزلَ مِلْكُه، فله حَقُّ المنع من دخولِ مِلْكِه.

قال: (ولا يمنعُهم من النظرِ إليها، وكلامِها في أيِّ وقتٍ اختاروا)؛ لِمَا فيه[1] من قطيعةِ الرَّحِم، وليس له في ذلك ضررٌ.

وقيل: لا يَمنعُهم من الدخولِ والكلامِ، وإنما يمنعُهم من القَرَار والدوامِ، إذِ الفتنةُ في اللَّبَاث[2]، وتطويلِ الكلام.

وقيل: لا يمنعُها من الخروجِ إلىٰ الوالدَيْن، ولا يَمنعُهما من الدخول عليها في كلِّ جمعةٍ.

وفي غيرِهما من المَحَارم: التقديرُ بسَنَةٍ، وهو الصحيح.

---

(١) أي في المنع من النظر والكلام.

(٢) أي اللُّبْث.

وإذا غاب الرجلُ، وله مالٌ في يدِ رجلٍ يَعترفُ به، وبالزوجية: فَرَضَ القاضي في ذلك المالِ نفقةَ زوجةِ الغائبِ، ووُلْدِهِ الصغارِ، ووالديه.

قال: (وإذا غاب الرجلُ، وله مالٌ في يدِ رجلٍ يَعترفُ به، وبالزوجية: فَرَضَ القاضي في ذلك المالِ نفقةَ زوجةِ الغائبِ، ووُلْدِهِ الصغارِ، ووالديه).

وكذا إذا عَلِمَ القاضي ذلك، ولم يَعترفْ به؛ لأنه لَمَّا أقرَّ بالزوجية والوديعةِ: فقد أقرَّ أن حَقَّ الأخذِ لها؛ لأنَّ لها أنْ تأخُذَ من مالِ الزوجِ حقَّها من غير رضاه.

وإقرارُ صاحبِ اليدِ مقبولٌ في حقِّ نفسِه، لا سيما ها هنا، فإنه لو أنكر أحدَ الأمرَيْن: لا[1] تُقبلُ بيِّنةُ المرأةِ فيه؛ لأن المودَعَ ليس بخصمٍ في إثبات الزوجية عليه، ولا المرأةُ بخصمٍ في إثباتِ حقوقِ الغائب، فإذا ثبت في حقِّه: تعدَّىٰ إلى الغائب.

وكذا[2] إذا كان المالُ في يده مضاربةً.

وكذا الجوابُ في الدَّيْن.

وهذا كلُّه إذا كان المالُ من جنس حَقِّها: دراهمَ أو دنانيرَ أو طعاماً أو كُسوةً من جنسِ حقِّها.

أما إذا كان من خلاف جنسِ حقِّها: فلا تُفرَضُ النفقةُ فيه؛ لأنه يُحتاجُ إلىٰ البيع، ولا يُباعُ مالُ الغائب، بالاتفاق.

---

(١) وفي نُسخ: لم.

(٢) أي وكذا يفرض القاضي النفقة للمذكورين.

ويأخذُ منها كفيلاً بها، ولا يَقضِي بنفقةٍ في مالِ الغائب، إلا لهؤلاء.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله: فلأنه لا يُباعُ علىٰ الحاضر، فكذا علىٰ الغائب.

وأما عندهما: إن كان يَقضي[1] علىٰ الحاضر؛ لأنه يَعرِفُ امتناعَه: فلا يقضي علىٰ الغائب؛ لأنه لا يَعرِفُ امتناعَه.

قال: (ويأخذُ منها كفيلاً بها[2])؛ نظراً للغائب؛ لأنها ربما استوفتِ النفقةَ، أو طلَّقها الزوجُ، وانقضتْ عدتُها.

فرَّق[3] بين هذا[4] وبين الميراثِ[5] إذا قُسِمَ بين ورثةٍ حضورٍ بالبينة، ولم يقولوا: لا نعلَمُ له وارثاً آخَرَ، حيث لا يُؤخَذُ منهم الكفيلُ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن هناكَ المكفولُ له مجهولٌ، وها هنا معلومٌ، وهو الزوج.

ويُحلِّفُها: بالله ما أعطاها النفقةَ؛ نظراً للغائب.

قال: (ولا يَقضِي بنفقةٍ في مالِ الغائب، إلا لهؤلاء).

ووجهُ الفرق هو: أن نفقةَ هؤلاء واجبةٌ قبل قضاء القاضي، ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبلَ القضاءِ، فكان قضاءُ القاضي إعانةً لهم.

---

(١) أي القاضي.

(٢) أي بالنفقة.

(٣) أي الإمام أبو حنيفة. البناية ٣٧٨/٧.

(٤) أي أخذ الكفيل هنا.

(٥) في ترك أخذ الكفيل.

. . . .

أما غيرُهم من المحارم: فنفقتُهم إنما تجبُ بالقضاء؛ لأن المسألةَ مجتهَدٌ فيها، والقضاءُ علىٰ الغائب لا يجوز.

ولو لم يَعلمِ القاضي بذلك، ولم يكنْ مُقِرّاً به، فأقامتِ البينةَ علىٰ الزوجية، أو لم يُخلِّفْ مالاً، فأقامتِ البينةَ ليَفرِضَ القاضي نفقتَها علىٰ الغائب، ويأمرَها بالاستدانة: لا يقضي القاضي بذلك؛ لأن في ذلك قضاءً علىٰ الغائب.

وقال زفر رحمه الله: يقضي فيه؛ لأن فيه نظراً لها، ولا ضررَ فيه علىٰ الغائب، فإنه لو حَضَرَ، وصدَّقَها: فقد أَخَذَتْ حَقَّها، وإن جَحَدَ: يُحلَّف، فإن نَكَلَ: فقد صَدَّق(١).

وإن أقامت بينةً: فقد ثبت حقُّها.

وإن عَجَزَتْ: يُضمَّنُ الكفيلُ، أو المرأةُ.

وعملُ القُضاةِ اليومَ علىٰ هذا، أنه يُقضىٰ بالنفقة علىٰ الغائب؛ لحاجة الناس، وهو مجتهَدٌ فيه، وفي هذه المسألة أقاويلُ مرجوعٌ عنها، فلم نذكرها، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي قول المرأة.

فصلٌ

وإذا طلَّقَ الرجلُ امرأتَه : فلها النفقةُ والسُّكنىٰ في عِدَّتها، رجعياً كان الطلاقُ أو بائناً.

فصلٌ

في بيان النفقة حالَ افتراقِ الزوجَيْن

قال: (وإذا طلَّقَ الرجلُ امرأتَه: فلها النفقةُ والسُّكنىٰ في عِدَّتها، رجعياً كان الطلاقُ أو بائناً).

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: لا نفقةَ للمَبْتوتة، إلا إذا كانت حاملاً.

أما الرجعيُّ: فلأنَّ النكاحَ بعدَه قائمٌ، لا سيما عندنا، فإنه يَحِلُّ له الوطءُ.

وأما البائن: فوجهُ قولِه: ما رُوي عن فاطمةَ بنتِ قيسٍ رضي الله عنها أنها قالت: طلَّقَني زوجي ثلاثاً، فلم يَفرِضْ لي رسولُ الله عليه الصلاة والسلام سكنىً، ولا نفقةً[2].

ولأنه لا مِلْكَ له، وهي مرتَّبةٌ علىٰ الملك، ولهذا لا تجبُ للمتوفىٰ عنها زوجُها؛ لانعدامه.

---

(١) المجموع ١٦/٢٦٣.

(٢) صحيح مسلم (١٤٨٠).

ولا نفقةَ للمتوفىٰ عنها زوجُها.

بخلاف ما إذا كانت حاملاً؛ لأنا عَرَفْناه بالنص، وهو قولُه تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾. الآية. الطلاق/٦.

ولنا: أن النفقةَ جزاءُ الاحتباس، علىٰ ما ذكرنا، والاحتباسُ قائمٌ في حقِّ حُكمٍ مقصودٍ بالنكاح، وهو الولدُ، إذِ العِدَّةُ واجبةٌ؛ لصيانة الولدِ، فتجبُ النفقةُ، ولهذا كان لها السكنىٰ، بالإجماع، وصار كما إذا كانت حاملاً.

وحديثُ فاطمةَ بنتِ قيسٍ رضي الله عنها ردَّه عمرُ رضي الله عنه، فإنه قال: لا نَدَعُ كتابَ ربِّنا، وسُنَّةَ نبيِّنا بقول امرأةٍ لا ندري صَدَقَتْ أم كَذَبَت، حَفِظَتْ أم نَسِيَت، سمعتُ رسولَ الله عليه الصلاة والسلام يقول: «للمطلَّقة الثلاثِ: النفقةُ، والسكنىٰ ما دامت في العدة»[1].

وردَّه أيضاً زيدُ بن ثابتٍ، وأسامةُ بن زيدٍ، وجابرٌ، وعائشةُ رضي الله عنهم[2].

قال: (ولا نفقةَ للمتوفىٰ عنها زوجُها)؛ لأن احتباسَها ليس لحَقِّ الزوج، بل لحَقِّ الشرع، فإن التربُّصَ عبادةٌ منها، ألا ترىٰ أن معنىٰ التعرُّفِ عن براءة الرحم: ليس بمراعىً فيه، حتىٰ لا يُشترطُ فيها الحيضُ، فلا تجبُ نفقتُها عليه.

ولأن النفقةَ تجبُ شيئاً فشيئاً، ولا مِلْكَ له بعد الموت، فلا يُمكِنُ إيجابُها في ملك الورثة.

---

(١) صحيح مسلم (١٤٨٠).

(٢) ينظر الدراية ٢/٨٣، ومنية الألمعي ص٣٩١.

وكلُّ فُرْقَةٍ جاءَتْ من قِبَلِ المرأةِ بمعصيةٍ : فلا نفقةَ لها .

وإن طلَّقها ثلاثاً، ثم ارتدَّت، والعياذُ بالله : سَقَطَتْ نفقتُها .

وإن مكَّنَتِ ابْنَ زوجِها من نفسِها : فلها النفقةُ .

قال: (وكلُّ فُرْقَةٍ جاءَتْ من قِبَلِ المرأةِ بمعصيةٍ)، مثلُ الرِّدَّةِ، وتقبيلِ ابنِ الزوجِ: (فلا نفقةَ لها)؛ لأنها صارت حابِسةً نفسَها بغير حَقٍّ، فصار الحكمُ[1] كما إذا كانت ناشزةً.

بخلاف المهرِ بعد الدخول؛ لأنه وُجِدَ التسليمُ في حَقِّ المهر بالوطء.

وبخلاف ما إذا جاءَتِ الفُرْقة من قِبَلِها بغير معصيةٍ، كخيار العتق، وخيارِ البلوغ، والتفريقِ لعدم الكفاءة؛ لأنها حَبَسَتْ نفسَها بحَقٍّ، وذلك لا يُسقِطُ النفقةَ، كما إذا حَبَسَتْ نفسَها لاستيفاء المهر.

قال: (وإن طلَّقها ثلاثاً، ثم ارتدَّت، والعياذُ بالله: سَقَطَتْ نفقتُها.

وإن مكَّنَتِ ابْنَ زوجِها من نفسِها: فلها النفقةُ).

معناه: مكَّنَتْ بعد الطلاق[2]؛ لأن الفرقةَ تَثبتُ بالطَّلَقات الثلاث، ولا عَمَلَ فيها للرِّدَّةِ والتمكين، إلا أنَّ المرتدَّة تُحبَسُ حتىٰ تتوبَ، ولا نفقةَ للمحبوسة، والمُمكِّنةُ لا تُحبَسُ، فلهذا يقعُ الفرقُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: فصارت كما إذا، وفي أخرىٰ: فصار كما إذا.

(٢) أي البائن أو الثلاث، وإن كان قبل الطلاق: فلا نفقةَ لها.

فصلٌ

ونفقةُ الأولادِ الصغارِ علىٰ الأبِ، لا يُشارِكُه فيها أحدٌ، كما لا يُشارِكُه في نفقةِ الزوجة.

وإن كان الصغيرُ رَضِيعاً: فليس علىٰ أُمِّه أن تُرضِعَه.

فصلٌ

في بيان نفقة الأولاد

قال: (ونفقةُ الأولادِ الصغارِ علىٰ الأبِ، لا يُشارِكُه فيها أحدٌ، كما لا يُشارِكُه في نفقةِ الزوجة)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾. الآية. البقرة/٢٣٣، والمولودُ له: هو الأبُ.

قال: (وإن كان الصغيرُ رَضِيعاً: فليس علىٰ أُمِّه أن تُرضِعَه)؛ لِمَا بيَّنَّا أن الكفايةَ علىٰ الأب، وأجرةُ الرضاعِ كالنفقة.

ولأنها عساها[1] لا تَقدِرُ عليه لعُذْرٍ بها، فلا معنىٰ للجبر عليه.

وقيل في تأويلِ قولِه تعالىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾. البقرة/٢٣٣: أي بإلزامها الإرضاعَ مع كراهتها.

وهذا الذي ذكرنا: بيانُ الحكم، وذلك إذا كان يوجَدُ مَن تُرضِعُه، أما إذا كان لا يوجدُ مَن تُرضِعُه: تُجبَرُ الأمُّ علىٰ الإرضاع؛ صيانةً للصبيِّ عن الضَّيَاع.

---

(١) وفي نُسخ: عَسَت.

ويَستأجِرُ له الأبُ مَن تُرْضِعُه عندها.

وإن استأجرها وهي زوجتُه أو معتدَّتُه لترضعَ ولدَها: لم يَجُزْ.

قال: (ويَستأجِرُ له الأبُ مَن تُرْضِعُه عندها).

أما استئجار الأب: فلأنَّ الأجرَ عليه.

وقولُه: عندها: معناه: إذا أرادَتْ ذلك؛ لأن الحِجْرَ[1] لها.

قال: (وإن استأجرها وهي زوجتُه أو معتدَّتُه لترضعَ ولدَها: لم يَجُزْ)؛ لأن الإرضاعَ مستَحَقٌّ عليها دِيانةً.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾. البقرة/٢٣٣، إلا أنها عُذِرَتْ[2] لاحتمالِ عَجْزِها، فإذا أَقْدَمَتْ عليه بالأجر: ظَهَرَتْ قدرتُها، فكان الفعلُ واجباً عليها، فلا يجوزُ أَخْذُ الأجرِ عليه.

وهذا في المعتدة عن طلاقٍ رجعيٍّ، روايةً واحدةً؛ لأن النكاحَ قائمٌ.

وكذا[3] في المبتوتة، في روايةٍ.

وفي روايةٍ أخرىٰ[4]: جاز استئجارُها؛ لأن النكاحَ قد زال.

---

(١) بكسر الحاء وفتحها. مختار الصحاح.

(٢) أي قضاءً.

(٣) أي لا يجوز.

(٤) وهي ظاهر الرواية. البناية ٧/ ٣٩٠، وكتب في حاشية نسخة ٦٤٤هـ: وهو الصحيح.

ولو استأجرها وهي منكوحَتُه أو معتَدَّتُه لإرضاع ابنٍ له من غيرها: جاز، وإن انقضتْ عِدَّتُها، فاستأجرها: جاز.

فإن قال الأبُ: لا أستأجِرُها، وجاء بغيرها، فرضِيَتْ الأمُّ بمثل أَجْرِ الأجنبية، أو رضيتْ بغيرِ أجرٍ: كانت هي أحَقُّ.

وإن التمست زيادةً: لم يُجبَرِ الزوجُ عليها.

وَجْهُ الأُولىٰ[1]: أن النكاحَ باقٍ في حَقِّ بعضِ الأحكام[2].

قال: (ولو استأجرها وهي منكوحَتُه أو معتَدَّتُه لإرضاع ابنٍ له من غيرها: جاز)؛ لأنه غيرُ مستَحَقٍّ عليها.

قال: (وإن انقضتْ عِدَّتُها، فاستأجرها)، يعني لإرضاعِ ولدِها منه: (جاز)؛ لأن النكاحَ قد زال بالكلية، وصارت كالأجنبية.

قال: (فإن قال الأبُ: لا أستأجِرُها، وجاء بغيرها، فرضِيَتْ الأمُّ بمثل أَجْرِ الأجنبية، أو رضيتْ بغيرِ أجرٍ: كانت هي أحَقُّ)؛ لأنها أشفقُ، فكان النظرُ للصبي في الدفع إليها.

(وإن التمست زيادةً: لم يُجبَرِ الزوجُ عليها)؛ دفعاً للضرر عنه.

وإليه الإشارةُ بقوله تعالىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾. البقرة/٢٣٣، أي بإلزامه أكثرَ من أجرةِ الأجنبية.

---

(١) أي عدم الجواز.

(٢) وهي العدة، ووجوب النفقة والسكنىٰ، وعدم دفع زكاته إليها وشهادتِه لها.

ونفقةُ الصغيرِ واجبةٌ علىٰ أبيه وإن خالَفَه في دِيْنه؛ كما تجبُ نفقةُ الزوجةِ علىٰ الزوج وإن خالفَتْه في دِيْنه.

قال: (ونفقةُ الصغيرِ واجبةٌ علىٰ أبيه وإن خالَفَه في دِيْنه؛ كما تجبُ نفقةُ الزوجةِ علىٰ الزوج وإن خالفَتْه في دِيْنه).

أما الولدُ: فلإطلاق ما تلونا.

ولأنه جزؤه، فيكونُ في معنىٰ نفسِه.

وأما الزوجةُ: فلأن السببَ هو العقدُ الصحيح، فإنه بإزاء الاحتباسِ الثابتِ به، وقد صحَّ العقدُ بين المسلم والكافرة، وتَرتَّبَ عليه الاحتباسُ، فوَجَبَتْ عليه النفقةُ.

وفي جميعِ ما ذكرنا: إنما تجبُ النفقةُ علىٰ الأبِ إذا لم يكن للصغير مالٌ، أما إذا كان له مالٌ: فالأصلُ أن تكونَ نفقةُ الإنسانِ في مالِ نفسِه، صغيراً كان أو كبيراً، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

فصلٌ

وعلىٰ الرجلِ أن يُنفِقَ علىٰ أبوَيْه وأجدادِه وجَدَّاته إذا كانوا فقراءَ وإن خالفوه في دِينه.

فصلٌ

في بيان نفقة الآباء

قال: (وعلىٰ الرجلِ أن يُنفِقَ علىٰ أبوَيْه وأجدادِه وجَدَّاته إذا كانوا فقراءَ وإن خالفوه في دِينه).

أما الأبوان: فلقوله تعالىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾. لقمان/١٥، نَزَلَتْ الآيةُ في الأبوين الكافرين، وليس من المعروف أن يعيشَ في نِعَم الله تعالىٰ، ويتركَهما يموتان جوعاً.

وأما الأجدادُ والجدَّات: فلأنهم من الآباء والأمهات، ولهذا يقومُ الجدُّ مقامَ الأبِ عند عدمه.

ولأنهم تسبَّبُوا لإحيائه، فاستوجبوا عليه الإحياءَ، بمنزلة الأبوين.

وشَرَطَ[١] الفقرَ؛ لأنه لو كان ذا مالٍ: فإيجابُ نفقتِه في مالِه أَوْلَىٰ من إيجابها في مالِ غيرِه.

ولا يَمتنعُ ذلك باختلاف الدِّيْن؛ لِمَا تلونا.

---

(١) أي الإمام القدوري رحمه الله.

ولا تجبُ النفقةُ مع اختلافِ الدِّين إلا للزوجة، والأبوين، والأجداد، والجدَّات، والوَلَدِ، ووَلَدِ الولد.

ولا تجبُ علىٰ النصرانيِّ نفقةُ أخيه المسلم، وكذا لا تجبُ علىٰ المسلم نفقةُ أخيه النصرانيِّ.

قال: (ولا تجبُ النفقةُ مع اختلافِ الدِّين إلا للزوجة، والأبوين، والأجداد، والجدَّات، والوَلَدِ، ووَلَدِ الولد).

أما الزوجة: فلِمَا ذكرنا، أنها واجبةٌ لها بالعقد؛ لاحتباسِها لحَقٍّ له مقصودٍ، وهذا لا يتعلَّق باتِّحادِ المِلَّة.

وأما غيرُها: فلأن الجزئيةَ ثابتةٌ، وجزءُ المرء: في معنىٰ نفسِه، فكما لا تمتنعُ نفقةُ نفسِه لكفره: لا تمتنعُ نفقةُ جزئه.

إلا أنهم إذا كانوا حربيين: لا تجبُ نفقتُهم علىٰ المسلم وإن كانوا مستأمِنين؛ لأنَّا نُهينا عن البرِّ في حَقِّ مَن يقاتِلُنا في الدِّين[1].

قال: (ولا تجبُ علىٰ النصرانيِّ نفقةُ أخيه المسلم، وكذا لا تجبُ علىٰ المسلم نفقةُ أخيه النصرانيِّ)؛ لأن النفقةَ متعلِّقةٌ بالإرث بالنصِّ[2].

---

(١) فقد قال تعالىٰ: ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ۝٨ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُواْ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾. الممتحنة ٨ ـ ٩.

(٢) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾. البقرة/٢٣٣، ولا إرثَ بين المسلم والذمي، فلا تجب نفقةُ أحدِهما علىٰ الآخر. البناية ٣٩٦/٧.

ولا يشاركُ الولدَ في نفقة أبوَيْه أحدٌ.

والنفقةُ واجبةٌ لكل ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إذا كان صغيراً فقيراً، أو كانتِ امرأةً بالغةً فقيرةً، أو كان ذَكَراً فقيراً، زَمِناً أو أعمىً.

بخلاف العتقِ عند الملك؛ لأنه متعلِّقٌ بالقَرابة والمَحرَمية؛ بالحديث[١].

ولأن القرابةَ موجِبةٌ للصلة، ومع الاتفاق في الدِّين: آكَدُ، ودوامُ ملكِ اليمين أعلىٰ في القطيعة من حِرْمان النفقة، فاعتَبرنا في الأعلىٰ: أصلَ العلة، وفي الأدنىٰ: العلةَ المؤكَّدةَ[٢]، فلهذا افترقا.

قال: (ولا يشاركُ الولدَ في نفقة أبوَيْه أحدٌ)؛ لأنَّ لهما[٣] تأويلاً في مال الولد بالنص[٤]، ولا تأويلَ لهما في مالِ غيره.

ولأنه أقربُ الناسِ إليهما، فكان أَوْلىٰ باستحقاقِ نفقتِهما عليه.

وهي علىٰ الذكور والإناثِ بالسَّوِيَّة، في ظاهر الرواية، وهو الصحيح؛ لأن المعنىٰ يشملُهما.

قال: (والنفقةُ واجبةٌ لكل ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إذا كان صغيراً فقيراً، أو كانتِ امرأةً بالغةً فقيرةً، أو كان ذَكَراً فقيراً، زَمِناً أو أعمىً)؛ لأن الصلةَ في

---

(١) وهو قوله صلىٰ الله عليه وسلم: «مَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه: عَتَقَ عليه»، وسيأتي تخريجه في كتاب العتاق قريباً.

(٢) وهي القرابة مع الاتحاد في العلة.

(٣) أي الأبوين.

(٤) وهو حديث: «أنتَ ومالَكُ لأبيك»، وسيأتي في الحدود، وهو في صحيح ابن حبان (٣٠٣٥)، سنن أبي داود (٣٠٣٥)، سنن ابن ماجه (٢٢٩١)، وإسناده صحيح، كما في فتح الباري ٢١١/٥، وينظر نصب الراية ٢٧٥/٣، ٣٣٧.

ويجبُ ذلك علىٰ مقدارِ الميراث، ويُجبَرُ عليه.

وتجبُ نفقةُ الابنةِ البالغةِ، والابنِ البالغِ الزَّمِنِ علىٰ أبويه أثلاثاً: . . . .

القرابة القريبة: واجبةٌ، دونَ البعيدة، والفاصلُ: أن يكونَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ.

وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾. البقرة/٢٣٣.

وفي قراءةِ عبدِ الله بن مسعود[1] رضي الله عنه: وعلىٰ الوارثِ ذي الرَّحِمِ المَحْرَم مثلُ ذلك.

ثم لا بدَّ من الحاجة، والصِّغَرُ والأُنوثةُ والزَّمانةُ والعَمَىٰ: أمارةُ الحاجة؛ لتحقُّقِ العجز، فإن القادرَ علىٰ الكسب: غنيٌّ بكسبه.

بخلاف الأبوين؛ لأنه يلحَقُهما تَعَبُ الكسب، والولدُ مأمورٌ بدفع الضررِ عنهما، فتجبُ نفقتُهما مع قُدرتهما علىٰ الكسب.

قال: (ويجبُ ذلك علىٰ مقدارِ الميراث، ويُجبَرُ عليه)؛ لأن التنصيصَ علىٰ الوارث: تنبيهٌ علىٰ اعتبار المقدار.

ولأنَّ الغُرْمَ: بالغُنْم، والجَبْرُ: لإيفاء حَقٍّ مستَحَقٍّ.

قال: (وتجبُ نفقةُ الابنةِ البالغةِ، والابنِ البالغِ الزَّمِنِ علىٰ أبويه أثلاثاً:

---

(١) وذكرها أيضاً عنه رضي الله عنه: السرخسي في المبسوط ٢٠٩/٥، والنسفي في تفسيره ١٩٥/١، وقال في تبيين الحقائق ٦٤/٣: وهي مشهورة، وعزاها له القدوري في التجريد (٢٦٠٥٨) ٥٤٠٣/١٠، لكنه في (١٩٢٩٨) ٤٠٠٩/٨ عزاها لأُبيٍّ بن كعب، ولم يتعرَّض لتخريج هذه القراءة صاحبُ نصب الراية، والدراية، والبناية ٣٩٩/٧، وفتح القدير ٢٢٤/٤، وبيَّض لها في التعريف والإخبار ١٠٠/٣، ولم يخرِّجْها. قلت: وقد بحثت كثيراً، فلم أقف عليها.

علىٰ الأب الثلثان، وعلىٰ الأُمِّ الثُّلُثُ.

قال العبدُ الضعيف: هذا الذي ذَكَرَه هو روايةُ الخَصَّاف والحسن رحمهما الله تعالىٰ.

وفي ظاهر الرواية: كلُّ النفقةِ علىٰ الأب.

علىٰ الأب الثلثان، وعلىٰ الأُمِّ الثُّلُثُ)؛ لأن الميراثَ لهما علىٰ هذا المقدار.

(قال العبدُ الضعيف: هذا الذي ذَكَرَه هو روايةُ الخَصَّاف والحسنِ[1] رحمهما الله تعالىٰ.

وفي ظاهر الرواية: كلُّ النفقةِ علىٰ الأب)؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾. الآية، البقرة/٢٣٣.

وصار كالولد الصغير.

ووَجْهُ الفَرْق علىٰ الرواية الأولىٰ: أنه اجتمعتْ للأب في الصغير ولايةٌ ومؤنةٌ، حتىٰ وجبتْ عليه صدقةُ فِطْرِه، فاختُصَّ بنفقته.

ولا كذلك الكبيرُ؛ لانعدام الولايةِ فيه، فتشاركُه الأُمُّ.

وفي غير الوالد: يُعتبرُ قَدْرُ الميراث، حتىٰ تكونُ نفقةُ الصغيرِ علىٰ الأمِّ والجدِّ أثلاثاً.

ونفقةُ الأخِ المعسرِ علىٰ الأخوات المتفرِّقات الموسرات أخماساً،

---

(١) أي الحسن بن زياد، ت٢٠٤هـ، وأما الخصاف فهو الإمام الشهير أحمد بن عمرو (عمر)، ت٢٦٠هـ.

ولا تجبُ نفقتُهم مع اختلافِ الدِّيْن.

ولا تجبُ علىٰ الفقير.

علىٰ قَدْرِ الميراث، غيرَ أنَّ المعتبرَ أهليةُ الإرثِ في الجملة، لا إحرازُه، فإن المعسرَ إذا كان له خالٌ وابنُ عمٍّ: تكونُ نفقتُه علىٰ خاله، وميراثُه يُحرِزُه ابنُ عمِّه.

قال: (ولا تجبُ نفقتُهم مع اختلافِ الدِّيْن)؛ لبطلان أهليةِ الإرث، ولا بدَّ من اعتباره.

قال: (ولا تجبُ علىٰ الفقير)؛ لأنها تجبُ صِلَةً، وهو يَستَحِقُّها علىٰ غيره، فكيف تُستَحَقُّ عليه؟!

بخلاف نفقةِ الزوجةِ، وولدِه الصغير؛ لأنه التزمها بالإقدام علىٰ العقد، إذِ المَصَالِحُ[1] لا تنتظمُ دونها[2]، ولا يَعملُ في مثلِها الإعسارُ.

ثم اليسارُ مقدَّرٌ بالنصاب، فيما رُوي عن أبي يوسف رحمه الله.

وعن محمدٍ رحمه الله: أنه قدَّرَه بما يَفضُلُ علىٰ نفقةِ نفسِه وعيالِه شهراً، أو بما يَفضُل علىٰ ذلك من كَسْبِه الدائم كلَّ يومٍ؛ لأن المعتبرَ في حقوقِ العبادِ: إنما هو القدرةُ، دونَ النصابِ، فإنه للتيسير.

والفتوىٰ علىٰ الأول، لكنَّ النصابَ نصابُ حِرْمانِ الصدقة[3].

---

(١) وفي نُسخ: المقاصد.

(٢) أي دون النفقة.

(٣) أي غير نامٍ.

وإذا كان للابن الغائبِ مالٌ: قُضِيَ فيه بنفقة أبويه.

وإذا باع أبوه متاعَه في نفقته: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإن باع العقارَ: لم يَجُزْ.

وفي قولِهما: لا يجوزُ ذلك كلُّه، وهو القياسُ.

قال: (وإذا كان للابن الغائبِ مالٌ: قُضِيَ فيه بنفقة أبويه)، وقد بيَّنَّا الوجهَ فيه.

قال: (وإذا باع أبوه متاعَه في نفقته: جاز عند أبي حنيفة رحمه الله)، وهذا استحسانٌ.

قال: (وإن باع العقارَ: لم يَجُزْ.

وفي قولِهما: لا يجوزُ ذلك كلُّه، وهو القياسُ)؛ لأنه لا ولايةَ له؛ لانقطاعِها بالبلوغ، ولهذا لا يَملكُ حالَ حَضْرتِه[1]، ولا يملِكُ البيعَ في دَيْنٍ له، سوىٰ النفقة، وكذا لا تملِكُ الأمُّ[2] في النفقة.

---

(١) أي لا يملك الأب بيع مال ابنه البالغ حالَ حضرة الابن.

(٢) أي لا تملك الأم بيعَ متاعه في النفقة. قلت: لكن قال في البناية ٧/٤٠٤: «وهذا مخالفٌ لِمَا ذَكَرَ في الأقضية، ولِمَا ذكره القدوري من جواز بيع الأبوين، فإما أن يكون في المسألة روايتان: في رواية الأقضية والقدوري: تملكُ الأمُّ البيعَ كالأب؛ لأن معنىٰ الولادة يجمعهما، وهما في استحقاق النفقة علىٰ السواء.

وإما أن يكون ما في الأقضية والقدوري مؤولاً بأن الأب هو الذي يبيع، لكن لمنفعتهما، فأضاف البيعَ إليهما من حيث إن منفعة البيع تعود إليهما. قال الأكمل: وهو الظاهر، قلت: الظاهرُ هو الأول علىٰ ما لا يخفىٰ». اهـ

وإن كان للابن الغائبِ مالٌ في يدِ أبويه، فأنفقا منه: لم يَضْمَنَا.

وإن كان له مالٌ في يدِ أجنبيٍّ، فأنفقَ عليهما بغير إذنِ القاضي: ضَمِنَ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ للأب ولايةَ الحفظِ في مالِ الغائب، ألا ترىٰ أن للوصيِّ ذلك، فالأبُ أَوْلىٰ لوُفُور شفقته.

وبيعُ المنقول: من باب الحفظ، ولا كذلك العقارُ؛ لأنها[1] محصَّنةٌ بنفسها.

وبخلاف غيرِ الأبِ من الأقارب؛ لأنه لا ولايةَ لهم أصلاً في التصرف حالةَ الصغر، ولا في الحفظِ بعد الكِبَر.

وإذا جاز بيعُ الأبِ، والثمنُ من جنس حَقِّه، وهو النفقةُ: فله الاستيفاءُ منه، كما لو باع العقارَ والمنقولَ علىٰ الصغير: جاز؛ لكمال الولاية.

ثم له أن يأخذَ منه نفقتَه؛ لأنه من جنس حَقِّه.

قال: (وإن كان للابنِ الغائبِ مالٌ في يدِ أبويه، فأنفقا منه: لم يَضْمَنَا)؛ لأنهما استوفيا حقَّهما؛ لأن نفقتَهما واجبةٌ قبلَ القضاء، علىٰ ما مَرَّ، وقد أخذا جنسَ الحقِّ.

قال: (وإن كان له مالٌ في يدِ أجنبيٍّ، فأنفقَ عليهما بغير إذنِ القاضي: ضَمِنَ)؛ لأنه تصرُّفٌ في مالِ الغيرِ بغير ولايةٍ؛ لأنه نائبٌ في الحفظ، لا غير.

بخلاف ما إذا كان بأمر القاضي؛ لأنَّ أَمْرَه ملزِمٌ؛ لعمومِ ولايته.

وإذا ضَمِنَ الأجنبيُّ: لا يرجعُ علىٰ القابض؛ لأنه مَلَكَه بالضمان، فظَهَرَ أنه كان متبرِّعاً به.

---

(١) العقار: هي الأرض والدار والضيعة، ومن هنا جاء التأنيث.

وإذا قضىٰ القاضي للولدِ، والوالدَيْن، وذوي الأرحام بالنفقة، فمَضَتْ مدةٌ: سَقَطَتْ، إلا أن يأذنَ القاضي بالاستدانةِ عليه.

قال: (وإذا قضىٰ القاضي للولدِ، والوالدَيْن، وذوي الأرحام بالنفقة، فمَضَتْ مدةٌ: سَقَطَتْ)؛ لأن نفقةَ هؤلاءِ تجبُ كفايةً للحاجة، حتىٰ لا تجبُ مع اليسار، وقد حصلت بمُضِيِّ المدة.

بخلاف نفقةِ الزوجةِ إذا قضىٰ بها القاضي؛ لأنها تجبُ مع يسارها، فلا تسقطُ بحصول الاستغناءِ فيما مضىٰ.

قال: (إلا أن يأذنَ القاضي بالاستدانةِ عليه)؛ لأن القاضيَ له ولايةٌ عامةٌ، فصار إذْنُه كأمر الغائب، فتصيرُ دَيْناً في ذمته، فلا تسقطُ بمُضِيِّ المدة، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

فصلٌ

وعلىٰ المولىٰ أن يُنفِقَ علىٰ أَمَتِه وعبدِه.

فإن امتنَعَ، وكان لهما كَسْبٌ: اكتسبا، وأنفقا.

وإن لم يكن لهما كَسْبٌ: أُجبِرَ المولىٰ علىٰ بيعِهما، أو نفقتهما.

فصلٌ

في النفقة علىٰ العبدِ والأَمَة

قال: (وعلىٰ المولىٰ أن يُنفِقَ علىٰ أَمَتِه وعبدِه).

لقوله عليه الصلاة والسلام في المماليك: «إنهم إخوانُكم، جَعَلَهمُ الله تعالىٰ تحتَ أيديكم، أَطْعِمُوهم ممَّا تأكلون، وأَلْبِسُوهم مما تَلْبَسُون، ولا تُعَذِّبوا عبادَ الله»[1].

قال: (فإن امتنَعَ، وكان لهما كَسْبٌ: اكتسبا، وأنفقا)؛ لأن فيه نظراً للجانبين، حتىٰ يبقىٰ المملوكُ حياً، ويبقىٰ فيه مِلْكُ المالك.

قال: (وإن لم يكن لهما كَسْبٌ) بأن كان عبداً زَمِناً، أو جاريةً لا يؤاجَرُ مثلُها: (أُجبِرَ المولىٰ علىٰ بيعِهما، أو نفقتهما[2]).

---

(١) صحيح البخاري (٣٠، ٢٥٤٥)، صحيح مسلم (١٦٦١)، وله عدة ألفاظ.

(٢) قوله: أو نفقتهما: مثبتٌ في أقدم نُسخ القدوري ٦١٣هـ، و٦٤٩هـ، وفي نسخة الجوهرة النيرة ٩١/٥، وكذلك في أقدم نسخةٍ من بداية المبتدي ٦٣٣هـ، وسيأتي في كلام المصنف ذكر الخلاف في الإجبار علىٰ الإنفاق علىٰ الحيوانات.

. . . .

لأنهما من أهلِ الاستحقاق، وفي البيع إيفاءُ حقِّهما، وإبقاءُ حَقِّ المولىٰ بالخَلَف.

بخلاف نفقةِ الزوجة؛ لأنها تصيرُ دَيْناً، فكان تأخيراً، علىٰ ما ذكرنا، ونفقةُ المملوكِ لا تصيرُ دَيْناً، فكان إبطالاً.

وبخلاف سائرِ الحيوانات؛ لأنها ليست من أهلِ الاستحقاق، فلا يُجبَرُ علىٰ نفقتها، إلا أنه يُؤمَرُ به فيما بينه وبين الله تعالىٰ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهىٰ عن تعذيب الحيوان[1]، وفيه ذلك.

ونهىٰ عن إضاعة المال[2]، وفيه إضاعتُه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يُجبَرُ.

والأصحُّ ما قلنا[3]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) صحيح البخاري (٣٠١٦)، وينظر البدر المنير ٢١/١٤٣.

(٢) صحيح البخاري (١٤٧٧)، صحيح مسلم (٥٩٣).

(٣) أي لا يُجبر.

كتاب العَتَاق

العِتْقُ يصحُّ من الحُرِّ، البالغِ، العاقلِ، في مِلْكِه.

كتاب العَتَاق

الإعتاقُ: تصرُّفٌ مندوبٌ إليه.

قال عليه الصلاة والسلام: «أيُّما مسلمٍ أعتق مؤمناً: أعتَقَ اللهُ تعالىٰ بكلِّ عُضوٍ منه عُضواً منه من النار»[١].

ولهذا استحبُّوا أن يُعتِقَ الرجلُ العبدَ، والمرأةُ الأمةَ؛ لتَتَحَقَّقَ مقابلةُ الأعضاءِ بالأعضاء.

قال: (العِتْقُ يصحُّ من الحُرِّ، البالغِ، العاقلِ، في مِلْكِه).

شَرَطَ[٢] الحريةَ: لأن العِتْقَ لا يصحُّ إلا في الملك، ولا مِلْكَ للمملوك.

والبلوغَ: لأنَّ الصبيَّ ليس من أهله؛ لكونه ضرراً ظاهراً، ولهذا لا يَملكُه الوليُّ عليه.

والعقلَ: لأن المجنونَ ليس بأهلٍ للتصرُّف، ولهذا لو قال البالغُ: أَعْتَقْتُ وأنا صبيٌّ: فالقولُ قولُه.

وكذا إذا قال المُفيقُ[٣]: أَعتَقْتُ وأنا مجنونٌ، وجنونُه كان ظاهراً؛ لوجود الإسنادِ إلىٰ حالةٍ منافيةٍ.

---

(١) صحيح البخاري (٢٥١٧)، صحيح مسلم (١٥٠٩).

(٢) أي الإمام القدوري رحمه الله.

(٣) وفي نُسخ: المعتِق.

وإذا قال لعبده أو أَمَتِه : أنتَ حُرٌّ، أو مُعْتَقٌ، أو عَتِيقٌ، أو مُحَرَّرٌ، أو قد حرَّرْتُكَ، أو قد أعتقتُكَ : فقد عَتَقَ، نوىٰ به العتقَ، أو لم ينو.

ولو قال له : يا حُرُّ، يا عتيقُ : يَعتِقُ.

وكذا لو قال الصبيُّ: كلُّ مملوكٍ أملِكُه فهو حرٌّ إذا احتَلَمْتُ: لا يصح؛ لأنه ليس بأهلٍ لقولٍ ملزِمٍ.

ولا بدَّ أن يكون العبدُ في مِلْكِه، حتىٰ لو أعتَقَ عبدَ غيرِه: لا يَنْفُذُ عِتْقُه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا عِتْقَ فيما لا يَملِكُه ابنُ آدم»[١].

قال: (وإذا قال لعبده أو أَمَتِه: أنتَ حُرٌّ، أو مُعْتَقٌ، أو عَتِيقٌ، أو مُحَرَّرٌ، أو قد حرَّرْتُكَ، أو قد أعتقتُكَ: فقد عَتَقَ، نوىٰ به العتقَ، أو لم ينو).

لأن هذه الألفاظَ صريحةٌ فيه؛ لأنها مستعمَلَةٌ فيه شرعاً وعُرفاً، فأغنىٰ ذلك عن النية.

والوضعُ[٢] وإن كان في الإخبار، فقد جُعل إنشاءً في التصرفات الشرعية؛ للحاجة، كما في الطلاق والبيع وغيرهما.

ولو قال: عَنَيْتُ به الإخبارَ الباطلَ، أو أنه حُرٌّ من العمل: صُدِّقَ دِيانةً؛ لأنه يَحتمِلُه، ولا يُديَّنُ قضاءً؛ لأنه خلافُ الظاهر.

قال: (ولو قال له: يا حُرُّ، يا عتيقُ: يَعتِقُ)؛ لأنه نداءٌ بما هو صريحٌ في العتق، وهو لاستحضار المنادَىٰ بالوصف المذكور.

---

(١) سنن الترمذي (١١٨١)، وقال: حسن صحيح، سنن أبي داود (٢١٩٠)، سنن ابن ماجه (٢٠٤٧).

(٢) أي وضع هذه الألفاظ في أصل اللغة.

قال: وكذلك لو قال: رأسُكَ حرٌّ، أو وجهُكَ، أو رقبتُكَ، أو بدنُكَ، أو قال لأَمَتِه: فَرْجُكِ حُرٌّ.

هذا هو حقيقتُه، فيقتضي تحقيقَ الوصفِ فيه، وأنه يَثبتُ من جهته، فيُقضَىٰ بثبوته؛ تصديقاً له فيما أخبر[1]، وسنُقرِّره من بعدُ[2] إن شاء الله تعالىٰ.

إلا إذا سمَّاه: حُرّاً[3]، ثم ناداه: يا حُرُّ؛ لأن مرادَه الإعلامُ باسمِ عَلَمِه، وهو ما لَقَّبه به.

ولو ناداه بالفارسية: يا آزادُ[4]، وقد لقَّبه بـ: الحرِّ[5]: قالوا: يَعْتِقُ.

وكذا عكسُه[6]؛ لأنه ليس بنداءٍ باسم عَلَمِه، فيُعتبرُ إخباراً عن الوصف.

قال: (وكذلك لو قال: رأسُكَ حرٌّ، أو وجهُكَ، أو رقبتُكَ، أو بدنُكَ، أو قال لأَمَتِه: فَرْجُكِ حُرٌّ)؛ لأن هذه الألفاظَ يُعبَّرُ بها عن جميع البدن، وقد مرَّ في الطلاق.

وإن أضافه إلىٰ جزءٍ شائعٍ: يقعُ في ذلك الجزءِ؛ وسيأتيكَ الاختلافُ فيه[7] إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) قوله: فيما أخبر: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي في مسألة: يا ابني، أو يا أخي.

(٣) أي إذا سمَّىٰ عبده بلفظ: حُرّ.

(٤) معناها بالفارسية: يا حُرُّ.

(٥) أي والحال قد سمىٰ عبده بلفظ: حر.

(٦) أي ناداه: يا حرُّ، وقد سماه: آزاد.

(٧) أي في تجزيء الإعتاق.

ولو قال : لا مِلْكَ لي عليكَ، ونوىٰ به الحريةَ : عَتَقَ، وإن لم ينوِ : لا يَعتِقْ، وكذا كناياتُ العِتْقِ.

وإن أضافه إلىٰ جزءٍ معيَّنٍ لا يُعبَّر به عن الجُملة، كاليد والرِّجْل: لا يقعُ عندنا.

خلافاً للشافعي[1] رحمه الله، والكلامُ فيه: كالكلام في الطلاق، وقد بيَّنَّاه في الطلاق[2].

قال: (ولو قال: لا مِلْكَ لي عليكَ، ونوىٰ به الحريةَ: عَتَقَ، وإن لم ينوِ: لا يَعتِقْ)؛ لأنه يحتملُ أنه أراد: لا مِلكَ لي عليكَ؛ لأني بِعتُكَ، ويحتملُ: لأني أعتقتُك، فلا يتعيَّنُ أحدُهما مراداً إلا بالنية.

قال: (وكذا كناياتُ العِتْقِ).

وذلك مثلُ قولِه: خَرَجْتِ من ملكي، ولا سبيلَ لي عليكِ، ولا رِقَّ لي عليكِ، وقد خلَّيتُ سبيلَكِ؛ لأنه يَحتملُ نفيَ السبيلِ، والخروجَ عن الملكِ، وتخليةَ السبيلِ بالبيع والكتابةِ، كما يحتملُ بالعتق، فلا بدَّ من النية.

وكذا قولُه لأَمَتِه: قد أطلقتُكِ؛ لأنه بمنزلة قولِه: قد خلَّيْتُ سبيلَكِ.

وهو المرويُّ عن أبي يوسف رحمه الله.

بخلاف قولِه: طلَّقتُكِ، علىٰ ما نبيِّنُ من بعدُ[3] إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) العزيز للرافعي ٨/ ٥٧٠، وهناك وجهٌ أنه لا يقع.

(٢) في باب إيقاع الطلاق.

(٣) أي عند قوله لأمته: أنت طالق.

ولو قال : لا سلطانَ لي عليك، ونوىٰ العتقَ : لم يَعتِقْ.

ولو قال : هذا ابني، وثَبَتَ علىٰ ذلك : عَتَقَ.

قال: (ولو قال: لا سلطانَ لي عليك، ونوىٰ العتقَ: لم يَعتِقْ)؛ لأن السلطانَ عبارةٌ عن اليد، وسُمِّيَ السُّلْطانُ به: لقيام يدِه، وقد يبقىٰ الملكُ، دونَ اليد، كما في المكاتَب.

بخلاف قولِه: لا سبيلَ لي عليك؛ لأن نفيَه[1] مطلقاً: بانتفاء الملك؛ لأن للمولىٰ علىٰ المكاتب سبيلاً، فلهذا يحتَمِلُ العتقَ.

قال: (ولو قال: هذا ابني، وثَبَتَ علىٰ ذلك: عَتَقَ).

ومعنىٰ المسألة: إذا كان يُولَدُ مثلُه لمثلِه، فإن كان لا يولَدُ مثلُه لمثلِه: ذَكَرَه[2] بعد هذا.

ثم إن لم يكن للعبد نسبٌ معروفٌ: يثبتُ نَسَبُه منه؛ لأن ولايةَ الدِّعوة بالملك ثابتةٌ، والعبدُ محتاجٌ إلىٰ النَّسَب، فيثبتُ نَسَبُه منه، وإذا ثبت: عَتَقَ؛ لأنه يستندُ النسبُ إلىٰ وقت العُلُوق.

وإن كان له نسبٌ معروفٌ: لا يثبتُ نسبُه منه؛ للتعذُّر، ويَعتِقُ؛ إعمالاً للَّفظِ في مجازه عند تعذُّرِ إعماله بحقيقته، ووَجْهُ المجاز نذكرُه من بعد[3] إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) أي نفي السبيل مطلقاً من غير قيد: يكون بانتفاء الملك.

(٢) أي ذكره الإمام القدوري بعد هذا بقوله: وإن قال لغلام لا يولَدُ مثله...الخ، وفي نُسخ: نذكره.

(٣) عند قوله: وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله.

ولو قال: هذا مولايَ، أو: يا مولايَ: عَتَقَ.

وكذا إذا قال لأمته: هذه مولاتي.

قال: (ولو قال: هذا مولايَ، أو: يا مولايَ: عَتَقَ).

أما الأولُ: فلأن اسمَ المولىٰ وإن كان ينتظِمُ الناصرَ، وابنَ العمِّ، والمُوالِيَ[١] في الدِّين، والأعلىٰ والأسفلَ في العَتاقة[٢]، إلا أنه تعيَّن الأسفلُ[٣] مراداً، فصار كاسمٍ خاصٍّ له.

وهذا لأن المولىٰ لا يَستنصِرُ بمملوكه عادةً، وللعبد نَسَبٌ معروفٌ، فانتفىٰ الأولُ[٤] والثاني.

والثالثُ: نوعُ مجازٍ، والكلامُ لحقيقته، والإضافةُ إلىٰ العبد تنافي كونَه معتِقاً، فتعيَّن المولىٰ الأسفلُ[٥]، فالتَحَقَ بالصريح.

قال: (وكذا إذا قال لأمته: هذه مولاتي)؛ لِمَا بيَّنَّا.

ولو قال: عَنَيْتُ به المولىٰ في الدِّين، أو الكذبَ: يُصدَّقُ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يُصدَّقُ في القضاء؛ لمخالفته الظاهرَ.

وأما الثاني[٦]: فلأنه لَمَّا تعيَّن الأسفلُ مراداً: التَحَقَ بالصريح، وبالنداء

---

(١) وفي نُسخ: والموالاةَ.

(٢) بل ذكروا للمولىٰ أكثر من ثلاث وعشرين معنىً. البناية ١٦/٨.

(٣) الأعلىٰ: أي المولىٰ الأعلىٰ، والأسفل: هو العبد المنعَمُ عليه بالعتق.

(٤) أي حَمْلُه علىٰ: الناصر، وأراد بالثاني: ابنَ العم.

(٥) أي عُرفاً. حاشية نسخة ٧٦٩هـ، والأسفل تقدم في الحاشية السابقة.

(٦) أي قوله: هذا يا مولاي.

ولو قال: يابْنِيْ، أو: يا أخي: لم يَعتِقْ، ولو قال: يابْنُ: لا يَعتِقُ.

باللفظ الصريح: يَعتِقُ، بأن قال: يا حُرُّ، يا عتيقُ، فكذا النداءُ بهذا اللفظ[1].

وقال زفر رحمه الله: لا يَعتِقُ في الثاني؛ لأنه يُقصَدُ به الإكرامُ، بمنزلة قوله: يا سيدي، يا مالكي.

قلنا: الكلامُ لحقيقته، وقد أَمكن العملُ به، بخلاف ما ذَكَرَ؛ لأنه ليس فيه ما يَختَصُّ بالعتق، فكان إكراماً مَحْضاً.

قال: (ولو قال: يابْنِيْ، أو: يا أخي: لم يَعتِقْ)؛ لأن النداءَ لإعلام المنادَىٰ، إلا أنه إذا كان بوَصْفٍ يُمكِنُ إثباتُه من جهته[2]: كان لتحقيق ذلك الوصفِ في المنادَىٰ؛ استحضاراً له بالوصف المخصوص، كما في قوله: يا حُرُّ، علىٰ ما بيَّنَّاه.

وإذا كان النداءُ بوصفٍ لا يمكنُ إثباتُه من جهته: كان للإعلام المجرَّد، دونَ تحقيقِ الوصف فيه؛ لتعذُّره، والبُنُوَّةُ لا يُمكِنُ إثباتُها حالةَ النداء من جهته؛ لأنه لو انخلَقَ من ماءِ غيرِه: لا يكونُ ابْناً له بهذا النداء، فكان لمجرَّد الإعلام.

ويُروىٰ عن أبي حنيفة رحمه الله شاذّاً: أنه يَعتِقُ فيهما، والاعتمادُ علىٰ الظاهر[3].

قال: (ولو قال: يابْنُ: لا يَعتِقُ)؛ لأن الأمرَ كما أخبر، فإنه ابنُ أبيه.

---

(١) أي بقوله: يا مولاي.

(٢) أي جهة المتكلم.

(٣) أي ظاهر الرواية، وهو ما تقدَّم.

وكذا إذا قال: يا بُنَيُّ، أو يا بُنَيَّةُ.

وإن قال لغلامٍ لا يُولَدُ مثلُه لمثلِه: هذا ابني: عَتَقَ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يَعتِقُ.

(وكذا[١] إذا قال: يا بُنَيُّ، أو يا بُنَيَّةُ)؛ لأنه تصغيرٌ للابن، والبنت، من غير إضافةٍ، والأمرُ كما أخبر.

قال: (وإن قال لغلامٍ لا يُولَدُ مثلُه لمثلِه: هذا ابني: عَتَقَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يَعتِقُ)، وهو قولُ الشافعي[٢] رحمه الله.

لهم: أنه كلامٌ مُحَالُ الحقيقةِ، فيُرَدُّ ويَلْغُو، كقوله: أعتقتُكَ قبلَ أن أُخلَقَ، أو قبلَ أن تُخلَقَ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه كلامٌ مُحَالٌ بحقيقته، لكنه صحيحٌ بمَجَازه؛ لأنه إخبارٌ عن حريته من حين مَلَكَه.

وهذا لأن البُنوَّة في المملوك: سببٌ لحريته، إما إجماعاً، أو صِلَةً للقرابة، وإطلاقُ السبب، وإرادةُ المُسَبَّب: مستجازٌ في اللغة تجوُّزاً[٣].

ولأن الحريةَ ملازِمةٌ للبُنُوَّة في المملوك، والمشابَهَةُ في وَصْفٍ ملازمٍ: من طرقِ المَجاز، علىٰ ما عُرِفَ، فيُحمَلُ عليه؛ تَحَرُّزاً عن الإلغاء.

---

(١) أي لا يعتق.

(٢) الحاوي الكبير ١٧/ ٣٩٤.

(٣) أي مجازاً.

ولو قال: هذا أبي، أو أمي، ومثلُه لا يولَدُ لمثلِهما: فهو علىٰ هذا الخلاف.

ولو قال لصبيٍّ صغيرٍ: هذا جَدِّي: قيل: هو علىٰ هذا الخلاف، وقيل: لا يَعتِقُ، بالإجماع.

بخلاف ما استُشهِدَ به، لأنه لا وَجْهَ له في المجاز، فتعيَّنَ الإلغاءُ.

وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره: قطعتُ يدكَ خطأً، فأَخْرَجَهُما صحيحتَيْن، حيثُ لم يُجعَلْ مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامِه وإن[1] كان القطعُ سبباً لوجوب المال؛ لأن القطعَ خطأً سببٌ لوجوب مالٍ مخصوصٍ، وهو الأَرْشُ.

وإنه يُخالِفُ مطلَقَ المالِ في الوصف، حتىٰ وَجَبَ علىٰ العاقلة في سنتَيْن[2]، ولا يُمكن إثباتُه بدون القطع، وما أَمكن إثباتُه: فالقطعُ ليس بسببٍ له.

أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكماً، فأمكنَ جَعْلُه مجازاً عنه.

قال: (ولو قال: هذا أبي، أو أمي، ومثلُه لا يولَدُ لمثلِهما: فهو علىٰ هذا الخلاف)؛ لِمَا بيَّنَّا.

قال: (ولو قال لصبيٍّ صغيرٍ: هذا جَدِّي: قيل: هو علىٰ هذا الخلاف، وقيل: لا يَعتِقُ، بالإجماع)؛ لأن هذا الكلامَ لا موجَبَ له في الملك إلا بواسطةٍ، وهو الأبُ، وهي غيرُ ثابتةٍ في كلامه، فتعذَّر أن يُجعَلَ مجازاً عن الموجَب، بخلاف الأُبُوَّة والبُنُوَّة؛ لأن لهما موجَباً في الملك من غير واسطة.

---

(١) إن: هنا: وصلية. البناية ٨/٢٠.

(٢) أي أقرَّ بقطع الواحدة، وأرشُها: نصف الدية في سنتين. البناية ٨/٢٠، وفي نُسخ: ثلاث سنين.

ولو قال: هذا أخي: لا يَعتقُ، في ظاهر الرواية.

ولو قال لعبده: هذا ابنتي، فقد قيل: هو علىٰ الخلاف، وقيل: لا يعتق، بالإجماع.

وإن قال لأمته: أنتِ طالقٌ، أو بائنٌ، أو تخمَّري، ونوىٰ به العتقَ: لم تَعتِقْ.

قال: (ولو قال: هذا أخي: لا يَعتقُ، في ظاهر الرواية).

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يَعْتِقُ.

ووجهُ الروايتين: ما بيَّنَّاه.

قال: (ولو قال لعبده: هذا ابنتي، فقد قيل: هو علىٰ الخلاف، وقيل: لا يعتق، بالإجماع)؛ لأن المُشارَ إليه ليس من جنس المسمىٰ، فيتعلَّقُ الحُكمُ بالمسمىٰ، وهو معدومٌ، فلا يُعتبرُ، وقد حقَّقناه في النكاح.

قال: (وإن قال لأمته: أنتِ طالقٌ، أو بائنٌ، أو تخمَّري، ونوىٰ به العتقَ: لم تَعتِقْ).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: تَعتِقُ إذا نوىٰ.

وكذا علىٰ هذا الخلاف: سائرُ ألفاظِ الصريح والكناية، علىٰ ما قال مشايخُهم[2] رحمهم الله تعالىٰ.

---

(١) الحاوي الكبير ١٠/١٦٤.

(٢) أي مشايخ الشافعية، وإنما قال: مشايخهم: لأن المنصوص عن الشافعي رحمه الله لفظ الطلاق فحسب، وأصحابُه قاسوا عليها سائرَ ألفاظ الصريح والكناية. البناية ٨/٢٣.

. . . .

له[١]: أنه نوىٰ ما يحتمِلُه لفظُه؛ لأنَّ بين المِلكَيْن[٢] موافقةً، إذْ كلُّ واحدٍ منهما مِلْكُ العينَ.

أما مِلْكُ اليمين: فظاهرٌ، وكذا مِلكُ النكاح: في حُكم مِلْكِ العين، حتىٰ كان التأبيدُ من شَرْطه، والتأقيتُ مُبطِلاً له، وعَمَلُ اللفظين في إسقاط ما هو حقُّه، وهو الملكُ، ولهذا يصحُّ التعليقُ فيه بالشرط.

أما الأحكامُ: فتثبتُ بسببٍ سابقٍ، وهو كونُه مكلَّفاً، ولهذا تصلُحُ لفظةُ: العتق، والتحريرِ: كنايةً عن الطلاق، فكذا عكسُه.

ولنا: أنه نوىٰ ما لا يَحتمِلُه لفظُه؛ لأن الإعتاقَ لغةً: إثباتُ القوة، والطلاقَ: رَفْعُ القيد.

وهذا لأن العبدَ أُلحِقَ بالجمادات، وبالإعتاق يحيا، فيَقْدِر، ولا كذلك المنكوحةُ، فإنها قادرةٌ، إلا أنَّ قيدَ النكاح مانعٌ، وبالطلاق يرتفعُ المانعُ، فتظهَرُ القوةُ، ولا خفاءَ أن الأولَ أقوىٰ.

ولأن ملكَ اليمينِ فوقَ ملكِ النكاح، فكان إسقاطُه أقوىٰ، واللفظُ يصلحُ مجازاً عما هو دون حقيقته، لا عما هو فوقَه، فلهذا امتنع في المتنازَع فيه، وانْسَاغَ في عكسِه.

---

(١) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

(٢) أي ملك اليمين وملك النكاح.

وإذا قال لعبده: أنتَ مِثْلُ الحُرِّ: لم يَعتِقْ.

ولو قال: ما أنتَ إلا حُرٌّ: عَتَقَ.

ولو قال: رأسُكَ رأسُ حُرٍّ: لا يَعتِقُ.

ولو قال: رأسُكَ رأسٌ حُرٌّ: عَتَقَ.

قال: (وإذا قال لعبده: أنتَ مِثْلُ الحُرِّ: لم يَعتِقْ)؛ لأن المثلَ يُستعمَلُ للمشاركة في بعض المعاني عُرْفاً، فوَقَعَ الشكُّ في الحرية.

قال: (ولو قال: ما أنتَ إلا حُرٌّ: عَتَقَ)؛ لأن الاستثناءَ من النفي: إثباتٌ علىٰ وجهِ التأكيد، كما في كلمةِ الشهادة.

قال: (ولو قال: رأسُكَ رأسُ حُرٍّ: لا يَعتِقُ)؛ لأنه تشبيهٌ بحذف حَرْفِه[1].

قال: (ولو قال: رأسُكَ رأسٌ[2] حُرٌّ: عَتَقَ)؛ لأنه إثباتُ الحرية فيه، إذِ الرأسُ يُعبَّرُ به عن جميع البدن، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي حرف التشبيه، وهو الكاف؛ لأن أصلَه: رأسكَ كرأس حُرٍّ.

(٢) بالتنوين. البناية ٨/٢٦.

فصلٌ

ومَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه : عَتَقَ عليه .

فصلٌ

في الإعتاق بدون اختيار

قال: (ومَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه: عَتَقَ عليه).

وهذا اللفظُ مَرْويٌّ عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم[(١)].

وقال عليه الصلاة والسلام: «مَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه: فهو حُرٌّ»[(٢)].

واللفظُ بعمومه يَنتظمُ كلَّ قرابةٍ مؤيَّدةٍ[(٣)] بالمَحْرَمية، وِلاداً، أو غيرَه.

والشافعيُّ رحمه الله يخالِفُنا في غيرِه[(٤)].

له: أن ثبوتَ العتق من غير مَرضاةِ المالك: ينفيه القياسُ، أو لا يقتضيه،

---

(١) سنن النسائي الكبرىٰ (٤٨٧٧)، وهو بهذا اللفظ: عتق: مُنكَرٌ، وسيأتي اللفظ الآخر: فهو حرٌّ.

(٢) سنن الترمذي (١٣٦٥)، سنن أبي داود (٣٩٤٩)، سنن ابن ماجه (٢٥٢٤)، وفيه كلامٌ، لكن قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤/٢١٢: صحَّحَه ابن حزم، وعبد الحق، وابن القطان. اهـ، وينظر نصب الراية ٣/٢٧٨، الدراية ٢/٨٥.

(٣) بالياء آخر الحروف، من: التأييد. البناية ٨/٢٨، وفي نُسخ: مؤبَّدة، بالباء.

(٤) أي في غير الوِلاد، أي لا يعتق في غير قرابة الوِلاد، كالإخوة. الحاوي الكبير ١٨/٧١.

. . . .

والأُخُوَّةُ وما يضاهيها نازِلةٌ عن قرابة الوِلاد، فامتنع الإلحاقُ، أو الاستدلالُ به، ولهذا امتنع التكاتُبُ علىٰ المكاتَب في غير الوِلاد، ولم يمتنع فيه.

ولنا: ما روينا.

ولأنه مَلَكَ قريبَه قرابةً مؤثِّرةً في المَحْرَمية، فيَعْتِقُ عليه، وهذا هو المؤثِّر في الأصل، والوِلادُ مَلْغَىً؛ لأنها[1] هي التي يُفترَضُ وَصْلُها، ويحرُمُ قَطْعُها، حتىٰ وجبتِ النفقةُ، وحَرُمَ النكاحُ.

ولا فَرْقَ بين ما إذا كان المالكُ مسلماً، أو كافراً، في دار الإسلام؛ لعموم العِلَّة.

والمكاتَبُ إذا اشترىٰ أخاه، ومَن يجري مجراه: لا يُتكاتَبُ عليه؛ لأنه ليس له مِلْكٌ تامٌّ يُقْدِرُه علىٰ الإعتاق، والافتراضُ[2]: عند القدرة.

بخلاف الوِلاد؛ لأن العتقَ فيه من مقاصدِ الكتابة، فامتنع البيعُ، ليَعتِقَ؛ تحقيقاً لمقصود العقد.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يُتكاتَبُ علىٰ الأخ أيضاً، وهو قولُهما، فلنا أن نَمْنَعَ.

وهذا[3] بخلاف ما إذا مَلَكَ ابنةَ عمِّه، وهي أختُه من الرضاع؛ لأن المَحْرَمية ما ثبتت بالقرابة.

---

(١) أي القرابة المؤثرة في المحرمية.

(٢) أي افتراض وصل القرابة.

(٣) أي ملك القريب.

ومَن أعتق عبداً لوجه الله تعالىٰ، أو للشيطان، أو للصَّنَم : عَتَقَ.

وعِتْقُ المُكرَه، والسكرانِ : واقعٌ.

وإن أضاف العتقَ إلىٰ مِلْكٍ، أو شَرْطٍ : صحَّ، كما في الطلاق.

والصبيُّ جُعِلَ أهلاً لهذا العتق[١].

وكذا المجنونُ، حتىٰ عَتَقَ القريبُ عليهما عند الملك؛ لأنه تعلَّقَ به حقُّ العبد، فشابه النفقةَ.

قال: (ومَن أعتق عبداً لوجه الله تعالىٰ، أو للشيطان، أو للصَّنَم: عَتَقَ)؛ لوجود ركنِ الإعتاقِ من أهله، في مَحلِّه.

ووَصْفُ القُربة في اللفظ الأول[٢]: زيادةٌ، فلا يَختلُّ العتقُ بعدمه[٣] في اللفظَيْن الآخرَيْن.

قال: (وعِتْقُ المُكرَه، والسكرانِ: واقعٌ)؛ لصدور الركنِ من الأهل، في المَحَلِّ، كما في الطلاق، وقد بيَّنَّاه مِن قبل.

قال: (وإن أضاف العتقَ إلىٰ مِلْكٍ، أو شَرْطٍ: صحَّ، كما في الطلاق).

أما الإضافةُ إلىٰ الملك: ففيه خلافُ الشافعي[٤] رحمه الله، وقد بيَّنَّاه في كتاب الطلاق.

---

(١) أي عِتْق ذي الرحم المَحرَم. البناية ٨/ ٣١.

(٢) وهو قوله: لوجه الله، وقولُه: زيادة: أي للتأكيد، وذِكْرُ الله ليس بشرط.

(٣) أي بعدم ذكر الله تعالىٰ.

(٤) لم أقف عليه فيما تيسر لي من كتب الشافعية.

وإذا خرج عبدُ الحربيِّ إلينا مسلماً : عَتَقَ.

وإن أعتق جاريةً حامِلاً : عَتَقَتْ وعَتَقَ حَمْلُها تَبَعاً لها.

وإن أعتق الحَمْلَ خاصةً : عَتَقَ دونَها.

وأما التعليقُ بالشرط: فلأنه إسقاطٌ، فيجري فيه التعليقُ بالشرط، بخلاف التمليكات، علىٰ ما عُرِفَ في موضعه.

قال: (وإذا خرج عبدُ الحربيِّ إلينا مسلماً: عَتَق)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في عَبيدِ الطائفِ حين خرجوا إليه مسلمين: «هم عُتَقاءُ اللهِ تعالىٰ»[1].

ولأنه أحرز نفسَه وهو مسلمٌ، ولا استرقاقَ علىٰ المسلم ابتداءً.

قال: (وإن أعتق جاريةً حامِلاً: عَتَقَتْ وعَتَقَ حَمْلُها تَبَعاً لها)؛ إذْ هو متصلٌ بها.

قال: (وإن أعتق الحَمْلَ خاصةً: عَتَقَ دونَها)؛ لأنه لا وجهَ إلىٰ إعتاقها مقصوداً؛ لعدم الإضافة إليها، ولا إليه تَبَعاً؛ لِمَا فيه من قَلْب الموضوع.

ثم إعتاق الحَمْلِ[2] صحيحٌ، ولا يصح بيعُه وهبتُه؛ لأن التسليمَ نفسَه

---

(١) سنن أبي داود (٢٧٠٠)، سنن الترمذي (٣٧١٥)، المستدرك للحاكم (٢٥٧٦)، سنن البيهقي (١٨٨٣٩)، مسند أحمد (٢١٧٦)، مصنف ابن أبي شيبة (٣٦٩٥٦)، المعجم الكبير (١٢٠٩٢)، وله طرق وألفاظ متعددة، ينظر الدراية ٢/٨٥، التعريف والإخبار ٣/٣١٨.

(٢) أي بدون الأم.

ولو أَعتق الحَمْلَ علىٰ مالٍ: صحَّ عتقُه، ولا يجبُ المالُ.

وولدُ الأمةِ من مولاها: حُرٌّ، وولدُها من زوجِها: مملوكٌ لسيدها.

شرطٌ في الهبة، والقدرةَ عليه[١] في البيع، ولم يوجد ذلك بالإضافة إلىٰ الجنين، وشيءٌ من ذلك ليس بشرطٍ في الإعتاق، فافترقا.

قال: (ولو أعتق الحَمْلَ علىٰ مالٍ: صحَّ عتقُه، ولا يجبُ المالُ)؛ إذْ لا وجهَ إلىٰ إلزامِ المالِ علىٰ الجنين؛ لعدم الولايةِ عليه، ولا إلىٰ إلزامِه الأُمَّ؛ لأنه[٢] في حَقِّ العتق: نفسٌ علىٰ حِدَةٍ، واشتراطُ بدلِ العتقِ علىٰ غيرِ المعتَقِ[٣] لا يجوز، علىٰ ما مرَّ في الخُلْع.

وإنما يُعرَفُ قيامُ الحَبَلِ[٤] وقتَ العتق: إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهرٍ منه؛ لأنه أدنىٰ مدةِ الحَمْل.

قال: (وولدُ الأمةِ من مولاها: حُرٌّ)؛ لأنه مَخْلوقٌ من مائه، فيَعتِقُ عليه، هذا هو الأصلُ، ولا معارِضَ له فيه؛ لأن ولدَ الأَمَة لمولاها.

قال: (وولدُها من زوجِها: مملوكٌ لسيدها)؛ لترجُّحِ جانبِ الأم؛ باعتبار الحضانة، أو لاستهلاك مائه بمائها، والمنافاةُ متحقِّقةٌ، والزوجُ قد رضيَ به، بخلاف ولدِ المغرور؛ لأن الوالدَ ما رضيَ به[٥].

---

(١) معطوف علىٰ: التسليم، والمراد: أي القدرة علىٰ التسليم شرطٌ.

(٢) أي الجنين.

(٣) بفتح التاء. البناية ٨/٣٥.

(٤) وفي نُسخ: الحَمْل.

(٥) أي برقِّ الولد.

وولدُ الحرَّةِ : حُرٌّ علىٰ كلِّ حال.

قال: (وولدُ الحرَّةِ: حُرٌّ علىٰ كلِّ حال[١]).

لأن جانبَها راجحٌ، فيَتْبَعُها في وَصْفِ الحرية، كما يَتْبَعُها في وَصْف المَمْلُوكية، والمَرْقُوقِيَّة[٢]، والتدبيرِ، وأُمومِيةِ الولد، والكتابة، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) سواء كان زوجُها حُرّاً أو عبداً. البناية ٣٧/٨.

(٢) لفظ: المملوكية، والمَرقوقية: متغايران من حيث الكمال والنقصان، فإن في المدبرة وأم الولد: الملكَ كاملٌ، والرِّقَّ ناقصٌ، وفي المكاتبة: علىٰ عكسه. البناية ٣٧/٨.

باب
العبد يَعتِقُ بعضُه

وإذا أعتق المولىٰ بعضَ عبدِه : عَتَقَ ذلك القَدْرُ، ويَسعىٰ في بقية قيمتِه لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا : يَعتِقُ كلُّه.

باب
العبد يَعتِقُ[١] بعضُه

قال: (وإذا أعتق المولىٰ بعضَ عبدِه: عَتَقَ ذلك القَدْرُ، ويَسعىٰ في بقية قيمتِه لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَعتِقُ كلُّه).

وأصلُه: أن الإعتاقَ يتجزَّأ عنده، فيُقتَصَرُ[٢] علىٰ ما أَعتق.

وعندهما: لا يتجزَّأ، وهو قولُ الشافعي[٣] رحمه الله، فإضافتُه إلىٰ البعض: كإضافته إلىٰ الكل، فلهذا يَعتِقُ كلُّه.

لهم: أن الإعتاقَ إثباتُ العتقِ، وهو قوةٌ حُكْميةٌ، وإثباتُها بإزالة ضدِّها، وهو الرِّقُّ الذي هو ضَعْفٌ حُكميٌّ، وهما لا يتجزَّآن، فصار كالطلاق، والعفوِ عن القصاص، والاستيلادِ.

---

(١) وضُبطت في نُسخ: يُعتَق بعضُه.

(٢) وضُبطت في نُسخ: فيَقتَصِرُ.

(٣) العزيز للرافعي ٧/١٣٥.

. . . .

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الإعتاقَ إثباتُ العتق بإزالة الملك، أو هو إزالةُ الملكِ؛ لأن الملكَ حَقُّه، والرِّقَّ حَقُّ الشرع، أو حَقُّ العامة، وحُكْمُ التصرفِ ما يدخُلُ تحتَ ولايةِ المُتَصرِّف، وهو إزالةُ حَقِّه، لا حَقَّ غيرِه.

والأصلُ: أن التصرفَ يَقتصرُ علىٰ موضعِ الإضافة، والتعدي إلىٰ ما وراءَه: ضرورةَ عدمِ التجزُّيء، والملكُ متجزِّيءٌ، كما في البيع والهبة، فيبقىٰ علىٰ الأصل.

وتجب السعايةُ؛ لاحتباس ماليةِ البعضِ عند العبد، والمُسْتَسْعىٰ: بمنزلة المكاتَب عنده؛ لأن الإضافةَ إلىٰ البعضِ: توجِبُ ثبوتَ المالكية في كله، وبقاءُ الملكِ في بعضِه: يَمنَعُه، فعَمِلْنا بالدليلَيْن، بإنزاله مكاتَباً، إذ هو مالكٌ يداً، لا رقبةً.

والسعايةُ: كبدل الكتابة، فله أن يَستسعِيَه، وله خيارُ أن يُعْتِقَه؛ لأن المكاتبَ قابلٌ للإعتاق، غيرَ أنه إذا عَجَزَ: لا يُرَدُّ إلىٰ الرقِّ؛ لأنه إسقاطٌ لا إلىٰ أحدٍ، فلا يَقبلُ الفسخَ.

بخلاف الكتابةِ المقصودة؛ لأنه عقدٌ يُقالُ[1] ويُفسَخُ، وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالةٌ متوسطةٌ، فأثبتناه في الكل؛ ترجيحاً للمُحَرِّم.

والاستيلادُ متجزِّيءٌ عنده، حتىٰ لو استولد نصيبَه من مدبَّرةٍ: يَقتصِرُ عليه.

---

(١) من: الإقالة.

وإذا كان العبدُ بين شريكَيْن، فأَعتَقَ أحدُهما نصيبَه: عَتَقَ.

فإن كان المعتِقُ موسِراً: فشريكُه بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء ضَمَّنَ شريكَه قيمةَ نصيبِه، وإن شاء استسعىٰ العبدَ.

فإن ضَمَّنَ: رَجَعَ المعتِقُ علىٰ العبد، والولاءُ للمعتِق.

وإن أعتق، أو استسعىٰ: فالوَلاءُ بينهما.

وإن كان المعتِقُ معسِراً: فالشريكُ بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ العبدَ، والولاءُ بينهما في الوجهَيْن، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وفي القِنَّة[1]: لَمَّا ضَمِنَ نصيبَ صاحبِه بالإفساد: مَلَكَه بالضمان، فكَمُلَ الاستيلادُ.

قال: (وإذا كان العبدُ بين شريكَيْن، فأَعتَقَ أحدُهما نصيبَه: عَتَقَ.

فإن كان المعتِقُ موسِراً: فشريكُه بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء ضَمَّنَ شريكَه قيمةَ نصيبِه، وإن شاء استسعىٰ العبدَ.

فإن ضَمَّنَ[2]: رَجَعَ المعتِقُ علىٰ العبد، والولاءُ للمعتِق.

وإن أعتق[3]، أو استسعىٰ: فالوَلاءُ بينهما.

وإن كان المعتِقُ معسِراً: فالشريكُ بالخيار: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعىٰ العبدَ، والولاءُ بينهما في الوجهَيْن، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي الجارية المرقوقة.

(٢) أي ضمَّن الساكتُ الشريكَ المعتِقَ.

(٣) أي الشريك.

وقالا: ليس له إلا الضمانُ مع اليسار، والسعايةُ مع الإعسار، ولا يَرجِعُ المعتِقُ علىٰ العبد، والولاءُ للمعتِق.

وقالا: ليس له إلا الضمانُ مع اليسار، والسعايةُ مع الإعسار، ولا يَرجِعُ المعتِقُ علىٰ العبد، والولاءُ للمعتِق).

وهذه المسألةُ تُبتَنىٰ علىٰ حَرْفَيْن[1]: أحدُهما: تجزُّؤُ الإعتاق، وعدمُه، علىٰ ما بيَّنَّاه.

والثاني: أن يسارَ المعتِق لا يَمنعُ سعايةَ العبدِ[2] عنده، وعندهما: يمنعُ.

لهما في الثاني: قولُه عليه الصلاة والسلام في الرجل يُعتِقُ نصيبَه: «إن كان غنياً: ضَمِنَ، وإن كان فقيراً: سعىٰ في حصة الآخَر»[3].

قَسَمَ[4] صلىٰ الله عليه وسلم، والقسمةُ تنافي الشركةَ.

وله[5]: أنه احتَبَسَتْ ماليةُ نصيبه عند العبد، فله أن يُضمِّنَه[6]، كما إذا هبَّتِ الريحُ في ثوبِ إنسانٍ، فألقَتْه في صِبْغِ غيرِه، حتىٰ انصبغ به: فعلىٰ

---

(١) أي أصلَيْن.

(٢) لفظ: العبد: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة، وفي النُّسخ الخطية: لا يمنع السعاية عنده.

(٣) صحيح البخاري (٢٥٠٤)، صحيح مسلم (١٥٠٣).

(٤) أي قَسَمَ النبي صلىٰ الله عليه وسلم الأمرين، أي خَلاصَ العبدِ وسعايتَه بين الحالَيْن: يسارِ المعتِق، وإعساره. البناية ٨/٤٥.

(٥) أي للإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٦) أي للساكت أن يضمِّن العبدَ.

. . . .

صاحبِ الثوبِ قيمةُ صِبْغِ الآخَرِ، موسِراً كان أو معسِراً؛ لِمَا قلنا، فكذا ها هنا، إلا أنَّ العبدَ فقيرٌ، فيستسعيه.

ثم إن المعتبرَ: يَسَارُ التيسير، وهو أن يَملِكَ من المال قَدْرَ قيمةِ نصيبِ الآخَرِ؛ لا يسارُ الغِنَىٰ؛ لأنَّ به يَعتدلُ النظر من الجانبين، بتحقيق ما قَصَدَه المعتِقُ، من القُربة وإيصالِ بدلِ حقِّ الساكت إليه.

ثم التخريجُ علىٰ قولهما: ظاهرٌ، فعدمُ رجوعِ المعتِقِ بما ضَمِنَ علىٰ العبد: لعدم السعايةِ عليه في حالة اليسار.

وعلىٰ ما قالا: الولاءُ للمعتِق؛ لأن العتقَ كلَّه من جهته؛ لعدم التجزُّئ.

وأما التخريجُ علىٰ قوله[١]: فخيارُ الإعتاق: لقيام مِلْكِه في الباقي، إذِ الإعتاقُ يتجزَّأ عندَه.

والتضمينِ[٢]: لأنَّ المُعتِقَ جانٍ عليه؛ بإفساد نصيبِه، حيث امتنع عليه البيعُ والهبةُ، ونحوُ ذلك، مما سوىٰ الإعتاق، وتوابعِه.

والاستسعاءِ[٣]: لِمَا بيَّنَّا[٤].

---

(١) أي قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) بالجرِّ، أي خيار التضمين، معطوفٌ علىٰ: خيار الإعتاق. وفي نُسخ: والتضمينُ. بالضمِّ.

(٣) بالجرِّ، أي خيار الاستسعاء، معطوفٌ علىٰ: خيار الإعتاق، وفي نُسخ: والاستسعاءُ. بالضمِّ. ينظر البناية ٨/٤٥.

(٤) أشار به إلىٰ قوله: احتَبَسَت ماليةُ نصيبه عنده.

. . . .

ويَرجعُ المعتِقُ بما ضَمِنَ علىٰ العبد؛ لأنه قام مقامَ الساكتِ بأداء الضمانِ، وقد كان له ذلك بالاستسعاء، فكذلك للمعتِق.

ولأنه مَلَكَه بأداء الضمان ضِمناً، فيصيرُ كأنَّ الكلَّ له، وقد أعتق بعضَه، فله أن يُعتِقَ الباقي، أو يستسعيَ إن شاء.

والولاءُ للمعتِق في هذا الوجه؛ لأن العتقَ كلَّه من جهته، حيث مَلَكَه بأداء الضمان.

وفي حالِ إعسارِ المعتِق: إن شاء أعتق؛ لبقاء ملكه، وإن شاء استسعىٰ؛ لِمَا بيَّنَّا.

والوَلاءُ له في الوجهَيْن؛ لأن العتقَ من جهته.

ولا يرجعُ المستسعَىٰ[1] علىٰ المعتِق بما أدَّىٰ، بإجماعٍ بيننا؛ لأنه يسعىٰ لفِكاك رقبته، أوْ لا يقضي[2] دَيْناً علىٰ المعتِق، إذْ لا شيءَ عليه؛ لعُسْرته.

بخلاف العبدِ المرهونِ إذا أعتقه الراهنُ المعسِرُ؛ لأنه يسعىٰ في فَكِّ رقبةٍ قد فُكَّت[3]، أو يقضيَ ديناً علىٰ الراهن، فلهذا يرجعُ عليه.

وقولُ الشافعي[4] رحمه الله في الموسر: كقولهما.

---

(١) أي العبد.

(٢) أي لا يقضي العبد.

(٣) أي عند المرتهن.

(٤) المهذب ٢/٩٩.

ولو شَهِدَ كلٌّ واحدٍ من الشريكَيْن علىٰ صاحبِه بالعتق : سعىٰ العبدُ لكلِّ واحدٍ منهما في نصيبِه، موسِرَيْن كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقال في المعسر: يَبقىٰ نصيبُ الساكتِ علىٰ ملكِه، يُباعُ ويوهَبُ؛ لأنه لا وجهَ إلىٰ تضمينِ الشريك؛ لأنه معسرٌ.

ولا إلىٰ السعاية؛ لأن العبدَ ليس بجانٍ، ولا راضٍ به.

ولا إلىٰ إعتاقِ الكلِّ؛ للإضرار بالساكت، فتعيَّن ما عيَّنَّاه.

قلنا: إلىٰ الاستسعاءِ سبيلٌ؛ لأنه لا يَفتَقِرُ إلىٰ الجناية، بل تُبتَنَىٰ السعايةُ[1] علىٰ احتباسِ المالية، فلا يُصارُ إلىٰ الجمعِ بين القوة الموجِبَة للمالكية، والضعفِ السالِبِ لها في شخصٍ واحد.

قال: (ولو شَهِدَ كلُّ واحدٍ من الشريكَيْن علىٰ صاحبِه بالعتق: سعىٰ العبدُ لكلِّ واحدٍ منهما في نصيبِه، موسِرَيْن كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله).

وكذا إذا كان أحدُهما موسراً، والآخَرُ معسراً؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يزعمُ أن صاحبَه أعتق نصيبَه، فصار مكاتَباً في زَعْمِه عندَ أبي حنيفة رحمه الله، وحَرُمُ عليه الاسترقاقُ، فيُصدَّقُ في حَقِّ نفسه، فيُمنَعُ من استرقاقه، ويستسعيه؛ لأنا تيقَّنَّا بحقِّ الاستسعاء، كاذباً كان أو صادقاً؛ لأنه مكاتَبُه أو مملوكُه، فلهذا يستسعيانه.

---

(١) لفظ: السعاية: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : إن كانا موسِرَيْن : فلا سعايةَ عليه. وإن كانا معسرَيْن : سعىٰ لهما.

ولا يَختلفُ ذلك باليسار والإعسار؛ لأن حقَّه في الحالَيْن في أحد شيئين[١]؛ لأن يسارَ المعتِق لا يَمنعُ السعايةَ عنده[٢]، وقد تعذَّرَ التضمين؛ لإنكار الشريك، فتعيَّن الآخَرُ، وهو السعايةُ.

والولاءُ لهما[٣]: لأن كلاًّ منهما يقولُ: عَتَقَ نصيبُ صاحبي عليه بإعتاقه، وولاؤه له، وعَتَقَ نصيبي بالسعاية، وولاؤه لي.

قال: (وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: إن كانا موسِرَيْن: فلا سعايةَ عليه[٤])؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يتبرَّأ عن سعايته بدعوىٰ الضمان علىٰ صاحبه؛ لأن يسارَ المعتِقِ يَمنعُ السعايةَ عندهما، إلا أن الدعوىٰ لم تثبتْ؛ لإنكار الآخَر، والبراءةُ عن السعاية[٥] قد ثبتت؛ لإقراره علىٰ نفسه[٦].

(وإن كانا معسرَيْن: سعىٰ[٧] لهما)؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي

---

(١) السعاية والتضمين.

(٢) أي عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

(٣) أي للشريكين.

(٤) أي علىٰ العبد.

(٥) قوله: عن السعاية: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٦) بأن لا سعاية لي عليك.

(٧) أي العبد.

وإن كان أحدُهما موسِراً، والآخَرُ معسراً: سعىٰ للموسِرِ منهما، ولا يسعىٰ للمعسر منهما.

ولو قال أحدُ الشريكَيْن: إن لم يدخلْ فلانٌ هذه الدارَ غداً فهو حُرٌّ، وقال الآخَرُ: إن دَخَلَ فهو حُرٌّ، فمضىٰ الغدُ، ولا يُدرَىٰ دَخَلَ أم لا؟: عَتَقَ النصفُ، وسعىٰ لهما في النصفِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

السعايةَ عليه، صادقاً كان أو كاذباً، علىٰ ما بيَّنَّاه، إذِ المعتِقُ معسرٌ.

قال: (وإن كان أحدُهما موسِراً، والآخَرُ معسراً: سعىٰ للموسِرِ منهما)؛ لأنه لا يدَّعي الضمانَ علىٰ صاحبِهِ؛ لإعساره، وإنما يدَّعي عليه السعايةَ، فلا يتبرَّأ عنه.

(ولا يسعىٰ للمعسر منهما)؛ لأنه يدعي الضمانَ علىٰ صاحبه ليساره، فيكون مُبْرِئاً للعبد عن السعاية.

والولاءُ موقوفٌ في جميع ذلك عندهما؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يُحيلُه علىٰ صاحبه، وهو يتبرَّأ عنه، فيبقىٰ موقوفاً إلىٰ أن يتَّفقا علىٰ إعتاقِ أحدهما.

قال: (ولو قال أحدُ الشريكَيْن: إن لم يدخلْ فلانٌ هذه الدارَ غداً فهو حُرٌّ، وقال الآخَرُ: إن دَخَلَ فهو حُرٌّ، فمضىٰ الغدُ، ولا يُدرَىٰ دَخَلَ أم لا؟: عَتَقَ النصفُ، وسعىٰ لهما في النصفِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله : يسعىٰ في جميع قيمته.

ولو حلفا علىٰ عبدَيْن، كلُّ واحدٍ منهما لأحدِهما بعينه : لم يَعتِقْ واحدٌ منهما.

وإذا اشترىٰ الرجلانِ ابنَ أحدِهما : عَتَقَ نصيبُ الأبِ.

وقال محمدٌ رحمه الله: يسعىٰ في جميع قيمته)؛ لأن المَقْضيَّ عليه بسقوط السعاية مجهولٌ، ولا يُمكنُ القضاءُ علىٰ المجهول، فصار كما إذا قال لغيره: لكَ علىٰ أحدِنا ألفُ درهم: فإنه لا يُقضَىٰ بشيءٍ؛ للجهالة، كذا هذا.

ولهما: أنَّا تيقَّنَّا بسقوط نصفِ السعاية؛ لأن أحدَهما حانِثٌ بيقينٍ، ومع التيقُّن بسقوط النصف: كيف يُقضىٰ بوجوب الكل؟!

والجهالةُ ترتفعُ بالشيوع والتوزيع، كما إذا أعتق أحدَ عبدَيْه، لا بعينه، أو بعينه، ونَسِيَه، ومات قبلَ التذكُّرِ، أو البيان.

ويتأتَّىٰ التفريعُ فيه: علىٰ أن اليسارَ يَمنعُ السعايةَ، أو لا يمنَعُها؟: علىٰ الاختلاف الذي سَبَقَ.

قال: (ولو حلفا علىٰ عبدَيْن، كلُّ واحدٍ منهما لأحدِهما بعينه: لم يَعتِقْ واحدٌ منهما)؛ لأن المَقْضيَّ عليه بالعتقِ مجهولٌ، وكذا المَقْضيُّ له بالعتق مجهولٌ، فتفاحشتِ الجهالةُ، فامتنع القضاءُ.

وفي العبد الواحدِ: المَقْضيُّ له، والمَقْضيُّ به معلومٌ، فغَلَبَ المعلومُ المجهولَ.

قال: (وإذا اشترىٰ الرجلانِ ابنَ أحدِهما: عَتَقَ نصيبُ الأبِ)؛ لأنه مَلَكَ شِقْصَ قريبِه، وشراؤه إعتاقٌ، علىٰ ما مَرَّ.

ولا ضمانَ عليه، عَلِمَ الآخرُ أنه ابنُ شريكِه، أو لم يعلم.

وكذلك إذا وَرِثَاه.

والشريكُ بالخيار: إن شاء أعتق نصيبَه، وإن شاء استسعىٰ العبدَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: في الشراء: يضمنُ الأبُ نصفَ قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً: سعىٰ الابنُ في نصفِ قيمتِه لشريكِ أبيه.

قال: (ولا ضمانَ عليه[1]، عَلِمَ الآخَرُ أنه ابنُ شريكِه، أو لم يعلم.

وكذلك إذا وَرِثَاه[2].

والشريكُ بالخيار: إن شاء أعتق نصيبَه، وإن شاء استسعىٰ العبدَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: في الشراء: يضمنُ الأبُ نصفَ قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً: سعىٰ الابنُ في نصفِ قيمتِه لشريكِ أبيه).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا مَلَكَاه بهبةٍ، أو صدقةٍ، أو وصيةٍ.

وعلىٰ هذا: إذا اشتراه رجلان، وأحدُهما قد حَلَفَ بعِتْقه إن اشترىٰ نصفَه.

لهما: أنه أبطل نصيبَ صاحبِه بالإعتاق؛ لأن شراءَ القريبِ إعتاقٌ، وصار هذا كما إذا كان العبدُ بين أجنبيين، فأعتق أحدُهما نصيبَه.

---

(١) أي علىٰ الأب.

(٢) أي الابن.

وإن بدأ الأجنبيُّ فاشترىٰ نصفَه، ثم اشترىٰ الأبُ نصفَه الآخَرَ، وهو موسرٌ: فالأجنبيُّ بالخيار: إن شاء ضمَّن الأبَ.

وإن شاء استسعىٰ الابنَ في نصفِ قيمتِه.

وله: أنه[1] رضيَ بإفساد نصيبِه، فلا يُضَمِّنُه[2]، كما إذا أَذِن له بإعتاق نصيبه صريحاً.

ودلالةُ ذلك: أنه شاركَه فيما هو عِلَّةُ العتقِ، وهو الشراءُ؛ لأن شراءَ القريبِ: إعتاقٌ، حتىٰ يَخرجُ به[3] عن عُهْدةِ الكفارة عندنا.

وهذا ضمانُ إفسادٍ في ظاهرِ قولهما، حتىٰ يختَلِفُ باليسار والإعسار، فيسقطُ بالرضا.

ولا يختلفُ الجوابُ بين العلم وعدمه[4]، وهو ظاهرُ الروايةِ عنه[5]؛ لأن الحكم يُدارُ علىٰ السبب، كما إذا قال لغيره: كُلْ هذا الطعامَ، وهو مملوكٌ للآمر، ولا يَعلمُ الآمِرُ بملكِه.

قال: (وإن بدأ الأجنبيُّ فاشترىٰ نصفَه، ثم اشترىٰ الأبُ نصفَه الآخَرَ، وهو موسرٌ: فالأجنبيُّ بالخيار: إن شاء ضمَّن الأبَ)؛ لأنه ما رضيَ بإفساد نصيبِه.

(وإن شاء استسعىٰ الابنَ في نصفِ قيمتِه)؛ لاحتباس ماليَّتِه عنده.

---

(١) أي الشريك الآخر.

(٢) أي لا يضمِّن صاحبَه.

(٣) أي شراء القريب.

(٤) أي بين أن يعلم أنه أبوه، وبين أن لا يعلم.

(٥) أي عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا خيارَ له، ويُضمِّنُ الأبَ نصفَ قيمتِه.

ومَن اشترىٰ نصفَ ابنِه وهو موسِرٌ: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَضمَنُ إذا كان موسراً.

وإذا كان العبدُ بين ثلاثةِ نفرٍ، فدبَّره أحدُهم وهو موسِرٌ، ثم أعتقه الآخَرُ وهو موسرٌ، فأرادوا الضمانَ: فللسَّاكتِ أن يُضمِّنَ المدبِّرَ ثُلُثَ قيمته قِنّاً، ولا يُضَمِّنَ المعتِقَ.

(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله)؛ لأن يسارَ المعتِقِ لا يَمنعُ السعايةَ عنده.

(وقالا: لا خيارَ له[1]، ويُضمِّنُ الأبَ[2] نصفَ قيمتِه)؛ لأن يسارَ المعتِقِ يمنعُ السعايةَ عندهما.

قال: (ومَن اشترىٰ نصفَ ابنِه وهو موسِرٌ: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَضمَنُ إذا كان موسراً).

ومعناه: إذا اشترىٰ نصفَه ممن يَملكُ كلَّه، فلا يَضمَنُ لبائعه شيئاً عنده، والوجهُ قد ذكرناه.

قال: (وإذا كان العبدُ بين ثلاثةِ نَفَرٍ، فدبَّره أحدُهم وهو موسِرٌ، ثم أعتقه الآخَرُ وهو موسرٌ، فأرادوا الضمانَ: فللسَّاكتِ أن يُضمِّنَ المدبِّرَ ثُلُثَ قيمته قِنّاً، ولا يُضَمِّنَ المعتِقَ.

---

(١) أي للأجنبي.

(٢) وضُبطت في نُسخ: ويَضمنُ الأبُ. قلت: والمعنىٰ واحدٌ، والله أعلم.

وللمدبِّر أن يُضمِّنَ المعتِقَ ثُلُثَ قيمتِه مدبَّراً، ولا يُضمِّنَه الثلثَ الذي ضَمِنَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: العبدُ كلُّه للذي دَبَّرَه أولَ مرةٍ، ويَضمَنُ ثلثي قيمتِه لشريكَيْه، موسراً كان، أو معسراً.

وللمدبِّر أن يُضمِّنَ المعتِقَ ثُلُثَ قيمتِه مدبَّراً، ولا يُضمِّنَه الثلثَ الذي ضَمِنَ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: العبدُ كلُّه للذي دَبَّرَه أولَ مرةٍ، ويَضمَنُ ثلثي قيمتِه لشريكَيْه[١]، موسراً كان[٢]، أو معسراً).

وأصلُ هذا: أن التدبيرَ يتجزَّأُ عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، كالإعتاق؛ لأنه[٣] شُعبةٌ من شُعَبه، فيكون معتَبَراً به.

ولَمَّا كان متجزِّئاً عنده: اقتَصَرَ علىٰ نصيبه، وقد أفسد بالتدبير نصيبَ الآخَرَيْن، فلكلٍّ واحدٍ منهما أن يُدبِّرَ نصيبَه، أو يُعتِقَ، أو يكاتِبَ، أو يُضمِّنَ المدبِّرَ، أو يستسعيَ العبدَ، أو يَتركَه علىٰ حالِه؛ لأن نصيبَه باق علىٰ ملكِه، فاسداً بإفساد شريكِه، حيث سَدَّ عليه طُرُقَ الانتفاعِ به، بيعاً وهبةً، علىٰ ما مَرَّ.

فإذا اختار أحدُهما العتقَ: تعيَّنَ حقُّه فيه، وسقط اختيارُه غيرَه، فتوجَّه للساكت سَبَبَاْ ضمانٍ: تدبيرُ المدبِّر، وإعتاقُ هذا المعتِقِ.

---

(١) أي المعتق والساكت.

(٢) أي المدبِّر.

(٣) أي لأن التدبير شعبةٌ من شُعَب الإعتاق.

. . . .

غيرَ أنَّ له أن يُضمِّنَ المدبِّرَ؛ ليكون الضمانُ ضمانَ معاوضةٍ، إذْ هو الأصلُ، حتىٰ جُعِلَ الغصبُ ضمانَ معاوضةٍ علىٰ أصلنا، وأمكنَ ذلك في التدبير؛ لكونه قابلاً للنقل من ملكٍ إلىٰ ملكٍ وقتَ التدبير.

ولا يُمكنُ ذلك في الإعتاق؛ لأنه عند ذلك[1] مدبَّرٌ[2]، فلهذا يُضمِّنُ[3] المدبِّرَ.

ثم للمدبِّرِ أن يُضمِّنَ المعتِقَ ثُلُثَ قيمته مدبَّراً؛ لأنه أفسد عليه نصيبَه مدبَّراً.

والضمانُ يتقدَّرُ بقيمة المُتلَفِ، وقيمةُ المدبَّر: ثُلُثَا قيمتِه قِنَّاً علىٰ ما قالوا.

---

(١) أي عند الإعتاق.

(٢) هكذا كما أثبتُّ في نُسخٍ كثيرة، ويقابِلُها نُسخٌ أخرىٰ مثبتٌ فيها ما يلي: لأنه عند ذلك مكاتَبٌ أو حُرٌّ، علىٰ اختلاف الأصلين، ولا بدَّ من رضا المكاتب بفسخه حتىٰ يقبلَ الانتقالَ، فلهذا يُضمِّنُ المدبِّرَ. اهـ

وقد نبَّه العيني في البناية ٨/٦٠ إلىٰ هذا الاختلاف في النُّسخ، ثم نَقَلَ هو وغيرُه ـ العناية وفتح القدير ٤/٢٧٤ ـ عن الإمام جلال الدين ابنِ المصنِّف المرغيناني قولَه:

قولُه: مكاتبٌ أو حرٌّ علىٰ اختلاف الأصلَيْن: غيرُ مستقيمٍ.

وكذا قولُه: ولا بدَّ من رضا المكاتب بفسخه حتىٰ يقبل الانتقالَ: لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتَب ولا حُرٍّ، وإنما يصيرُ كذلك بعد الإعتاق، وإنما الصحيحُ أن يُقال: لأنه عند ذلك مدبَّرٌ. اهـ

(٣) أي يضمِّنُ الساكتُ المدبِّرَ، ليس غير. فتح القدير ٤/٢٧٤، البناية ٨/٦١.

وإذا كانت جاريةٌ بين رجلَيْن، زَعَمَ أحدُهما أنها أُمُّ ولدٍ. . . . .

ولا يُضَمِّنُه[١] قيمةَ ما مَلَكَه بالضمان[٢] من جهة الساكت؛ لأنَّ ما مَلَكَه[٣] يثبتُ مستنداً، وهذا ثابتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، فلا يَظهرُ في حَقِّ التضمين.

والولاءُ بين المعتِقِ والمدبِّر أثلاثاً: ثلثاهُ للمدبِّر، والثلثُ للمعتِق؛ لأن العبدَ عَتَقَ علىٰ مِلْكِهما علىٰ هذا المقدار.

وإذا لم يكنِ التدبيرُ متجزِّئاً عندهما: صار كلُّه مدبَّراً للمدبِّر، وقد أفسد نصيبَ شريكَيْه[٤]؛ لِمَا بيَّنَّا، فيضمنُه.

ولا يختلف باليسار والإعسار: لأنه ضمانُ تَمَلُّكٍ، فأشبه الاستيلادَ، بخلاف الإعتاق؛ لأنه ضمانُ جنايةٍ.

والولاءُ كلُّه للمدبِّر، وهذا ظاهرٌ.

قال[٥]: (وإذا كانت جاريةٌ بين رجلَيْن[٦]، زَعَمَ أحدُهما أنها أُمُّ ولدٍ

---

(١) أي لا يضمن المدبر المعتق.

(٢) وهو الثلث.

(٣) أي المدبر.

(٤) وفي نُسخ: شريكه.

(٥) أي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير، وليس لفظ: قال: في كثير من النسخ. البناية ٨/٦٣.

(٦) وفي نُسخ: شريكين. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

لصاحبه، وأنكر ذلك الآخَرُ: فهي موقوفةٌ يوماً، ويوماً تخدُمُ المنكِرَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء المنكِرُ استسعىٰ الجاريةَ في نصف قيمتِها، ثم تكونُ حُرَّةً، لا سبيلَ له عليها.

لصاحبه، وأنكر ذلك الآخَرُ: فهي موقوفةٌ يوماً، ويوماً تخدُمُ المنكِرَ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء المنكِرُ استسعىٰ الجاريةَ في نصف قيمتِها، ثم تكونُ حُرَّةً، لا سبيلَ له عليها).

لهما: أنه[1] لَمَّا لم يُصَدِّقْه صاحبُه: انقلَبَ إقرارُ المقِرِّ عليه، كأنه استولدها، فصار كما إذا أقرَّ المشتري علىٰ البائعِ أنه أعتق المبيعَ قبلَ البيع: يُجعَلُ كأنه أعتق، كذا هذا، فتمتَنعُ الخدمةُ.

ونصيبُ المنكِرِ: علىٰ ملكِه في الحُكم، فيُخرَّجُ إلىٰ العَتاق بالسعاية، كأُمِّ ولد النصرانيِّ إذا أسلمت.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن المُقِرَّ لو صَدَقَ[2]: كانتِ الخدمةُ كلُّها للمنكِرِ، ولو كَذَبَ[3]: كان له نصفُ الخدمة، فيَثبتُ ما هو المتَيَقَّنُ به، وهو النصفُ.

---

(١) أي المقر.

(٢) بتخفيف الدال. البناية ٨/ ٦٤.

(٣) بتخفيف الذال.

وإن كانت أُمُّ ولدٍ بينهما، فأعتَقَها أحدُهما وهو موسرٌ: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَضمَنُ نصفَ قيمتِها.

ولا خدمةَ للشريك الشاهدِ، ولا استسعاءَ؛ لأنه يَتبرَّأُ عن جميع ذلك بدعوىٰ الاستيلادِ والضمانِ.

والإقرارُ[1] بأُمومية الولد: يتضمَّنُ الإقرارَ بالنسب، وهو أمرٌ لازمٌ، لا يرتدَّ بالردِّ، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ المقِرُّ كالمستولِد.

قال: (وإن كانت أُمُّ ولدٍ بينهما، فأعتَقَها أحدُهما وهو موسرٌ: فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يَضمَنُ نصفَ قيمتِها).

لأن ماليةَ أمِّ الولد غيرُ متقوِّمةٍ عندَه، ومتقوِّمةٌ عندهما.

وعلىٰ هذا الأصل تُبتَنَىٰ عِدَّةٌ من المسائل، أوردناها في «كفاية المنتهي».

وجهُ قولِهما: أنها مُنتَفَعٌ بها وَطْأً، وإجارةً، واستخداماً، وهذا هو دلالةُ التقوُّم، وبامتناع بيعِها: لا يسقطُ تقوُّمها، كما في المدبَّر.

ألا يُرىٰ أن أمَّ ولدِ النصرانيِّ إذا أسلمت: عليها السعايةُ، وهذا آيةُ التقوُّم، غيرَ أن قيمتَها ثُلُثُ قيمتِها قِنَّةً، علىٰ ما قالوا؛ لفَوَات منفعةِ البيع، والسعايةِ بعد الموت.

بخلاف المدبَّر؛ لأن الفائتَ منفعةُ البيع، أما السعايةُ والاستخدامُ فباقيان.

---

(١) جوابٌ عن قولهما: انقلب إقرار المقرِّ عليه، كأنه استولدها.

. . . .

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التقوُّمَ بالإحراز، وهي مُحْرَزَةٌ[١]: للنسب، لا للتقوُّم، والإحرازُ للتقوُّمِ تابعٌ له، ولهذا لا تسعىٰ لغريمٍ، ولا لوارثٍ.

بخلاف المدبَّر.

وهذا لأن السببَ فيها متحقِّقٌ في الحال، وهو[٢] الجزئيةُ الثابتةُ بواسطة الولدِ، علىٰ ما عُرِفَ في حُرْمة المصاهرة، إلا أنه لم يظهرْ عملُه في حقِّ الملك؛ ضرورةَ الانتفاع، فعَمِلَ السببُ في إسقاط التقوُّم.

وفي المدبَّرِ ينعقدُ السببُ بعد الموت، وامتناعُ البيعِ فيه[٣] قَبْلَه[٤]؛ لتحقيق[٥] مقصودِه، فافترقا.

وفي أمِّ ولدِ النصرانيِّ: قَضَيْنا بتكاتبها عليه؛ دفعاً للضرر من الجانبَيْن، وبدلُ الكتابة لا يفتقرُ وجوبُه إلىٰ التقوُّم، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) هكذا ضبطت بفتح الراء في النُّسخ النفيسة.

(٢) وفي نُسخ: وهي. قلت: بحسب التقدير.

(٣) أي في المدبَّر.

(٤) أي قبل الموت.

(٥) وفي نُسخ: لتحقُّق.

باب
عِتْق أحدِ العبدَيْن

ومَن كان له ثلاثةُ أعبُدٍ، فدَخَلَ عليه اثنان، فقال: أحدُكما حُرٌّ، ثم خَرَجَ واحدٌ، ودَخَلَ آخَرُ، فقال: أحدُكما حُرٌّ، ثم مات، ولم يُبيِّنْ: عَتَقَ مِن الذي أُعِيدَ عليه القولُ ثلاثةُ أرباعه، ونصفُ كلٍّ واحدٍ من الآخَرَيْن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: كذلك، إلا في العبد الآخَرِ، فإنه يَعتِقُ رُبُعُه.

باب
عِتْق أحدِ العبدَيْن

قال: (ومَن كان له ثلاثةُ أعبُدٍ، فدَخَلَ عليه اثنان، فقال: أحدُكما حُرٌّ، ثم خَرَجَ واحدٌ، ودَخَلَ آخَرُ، فقال: أحدُكما حُرٌّ، ثم مات، ولم يُبيِّنْ: عَتَقَ مِن الذي أُعِيدَ عليه القولُ ثلاثةُ أرباعه، ونصفُ كلٍّ واحدٍ من الآخَرَيْن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: كذلك، إلا في العبد الآخَرِ[1]، فإنه يَعتِقُ رُبُعُه).

أما الخارجُ: فلأنَّ الإيجابَ الأولَ دائرٌ بينه وبين الثابت، وهو الذي أُعِيدَ عليه القولُ، فأوجَبَ عِتْقَ رقبةٍ بينهما؛ لاستوائهما، فيُصيبُ كلاًّ منهما النصفُ.

---

(١) وفي نسخ: الأخير. والمراد: الداخل الآخَر.

فإن كان القولُ منه في المرضِ : قُسِمَ الثلثُ علىٰ هذا.

غيرَ أنَّ الثابتَ استفادَ بالإيجاب الثاني رُبُعاً آخَرَ؛ لأنَّ الثاني دائرٌ بينه وبين الداخل، وهو الذي سمَّاه في الكتاب[1]: الآخَرَ، فيتنصَّفُ بينهما.

غيرَ أن الثابتَ استَحَقَّ نصفَ الحرية بالإيجاب الأول، فشاع النصفُ المستَحَقُّ بالثاني في نصفَيْه، فما أصابَ المستَحَقَّ بالأول: لَغَا، وما أصاب الفارغَ: بقيَ، فيكونُ له الرُّبُعُ، فتمَّتْ له ثلاثةُ الأرباع.

ولأنه لو أُريد هو بالثاني: يَعتِقُ نصفُه، ولو أُريد به الداخلُ: لا يَعتِقُ هذا النصفُ، فيتنصَّفُ، فيَعتِقُ منه الرُّبُعُ بالثاني، والنصفُ بالأول.

وأما الداخلُ: فمحمدٌ رحمه الله يقول: لَمَّا دارَ الإيجابُ الثاني بينه وبين الثابت، وقد أصابَ الثابتَ منه الرُّبُعُ، فكذلك يصيبُ[2] الداخلَ.

وهما يقولان: إنه دائرٌ بينهما، وقضيتُه التنصيفُ، وإنما نَزَلَ إلىٰ الربع في حقِّ الثابت: لاستحقاقِه النصفَ بالإيجاب الأول، كما ذكرنا، ولا استحقاقَ للداخل من قبلُ، فيثبتُ فيه النصفُ.

قال: (فإن كان القولُ منه في المرضِ: قُسِمَ الثلثُ علىٰ هذا[3]).

وشَرْحُ ذلك: أن يُجمَعَ بين سهامِ العِتْقِ، وهي سبعةٌ علىٰ قولهما؛ لأنا نجعلُ كلَّ رقبةٍ علىٰ أربعةٍ؛ لحاجتِنا إلىٰ ثلاثةِ الأرباع، فنقولُ: يَعتِقُ من الثابت ثلاثةُ أسهمٍ، ومن الآخَرَيْن من كلِّ واحدٍ منهما سهمان، فبَلَغَ سهامُ العتق سبعةً.

---

(١) أي الجامع الصغير، والنص فيه في ص١٣١.

(٢) وفي نُسخ: نصيب.

(٣) أي علىٰ ما ذُكر.

. . . .

والعتقُ في مرضِ الموت: وصيةٌ، ومَحَلُّ نَفَاذِها الثلثُ، فلا بدَّ أن تُجعل سهامُ الورثةِ ضِعْفَ ذلك، فتُجعَلُ كلُّ رقبةٍ علىٰ سبعةٍ، وجميعُ المال أحدٌ وعشرون.

فيَعتِقُ من الثابت ثلاثةٌ، ويسعىٰ في أربعةٍ، ويَعتِقُ من الباقيَيْن[1] من كلِّ واحدٍ منهما سهمان، ويسعىٰ في خمسةٍ، فإذا تأمَّلتَ وجمعتَ: استقام الثلُثُ والثلثان.

وعند محمدٍ رحمه الله: تُجْعَلُ كلُّ رقبةٍ علىٰ ستةٍ؛ لأنه يَعتِقُ من الداخل عنده سهمٌ، فنَقَصَتْ سهامُ العتقِ بسهمٍ، وصار جميعُ المالِ ثمانيةَ عشر، وباقي التخريج علىٰ ما مَرَّ.

ولو كان هذا في الطلاق، وهنَّ غيرُ مدخولاتٍ، ومات الزوجُ قبلَ البيان: سَقَطَ من مهر الخارِجة رُبُعُه، ومن مهرِ الثابتةِ ثلاثةُ أثمانِه، ومن مهرِ الداخلةِ ثُمُنُه.

قيل: هذا قولُ محمدٍ رحمه الله خاصةً.

وعندهما: يسقطُ رُبُعُه.

وقيل: هو قولُهما أيضاً، وقد ذكرنا الفرقَ وتمامَ تفريعاتِها في الزيادات[2].

---

(١) وهما الداخل والخارج.

(٢) للمصنِّف رحمه الله، فله الزيادات، وقد عزا إليه مرات عدةٍ، وعزاه في فتح القدير٤/٢٨٦ لزيادات المصنِّف، لكن العيني رحمه الله علَّق في البناية ٨/٧٣ بقوله: شرح الزيادات؟!.

ومَن قال لعبدَيْه: أحدُكما حُرٌّ، فباع أحدَهما، أو مات، أو قال له: أنتَ حُرٌّ بعد موتي: عَتَقَ الآخَرُ.

وكذلك لو قال لامرأتَيْه: إحداكما طالقٌ، ثم ماتت إحداهما.

وكذلك لو وَطِيء إحداهما

قال: (ومَن قال لعبدَيْه: أحدُكما حُرٌّ، فباع أحدَهما، أو مات، أو قال له: أنتَ حُرٌّ بعد موتي: عَتَقَ الآخَرُ)؛ لأنه لم يَبْقَ مَحَلاًّ للعتق أصلاً بالموت، وللعتقِ من جهتِه بالبيع، وللعتقِ من كلِّ وجهٍ بالتدبير، فتعيَّنَ له الآخَرُ.

ولأنه بالبيع: قَصَدَ الوصولَ إلىٰ الثَّمَن، وبالتدبير: إبقاءَ الانتفاعِ إلىٰ موته، والمقصودان يُنافِيَان العِتْقَ الملتَزَمَ، فتعيَّن له الآخَرُ دلالةً.

وكذا إذا استولد إحداهما؛ للمعنيَيْن.

ولا فرقَ بين البيع الصحيحِ والفاسد، مع القبضِ وبدونه، والمطلَقِ، وبشرط الخيارِ لأحد المتعاقدين؛ لإطلاق جوابِ الكتاب، والمعنىٰ ما قلنا.

والعَرْضُ علىٰ البيع ملحَقٌ به في المحفوظِ عن أبي يوسف رحمه الله.

والهبةُ والتسليمُ، والصدقةُ والتسليمُ: بمنزلة البيع؛ لأنه تمليكٌ.

قال: (وكذلك[1] لو قال لامرأتَيْه: إحداكما طالقٌ، ثم ماتت إحداهما)؛ لِمَا قلنا.

قال: (وكذلك لو وَطِيء إحداهما)؛ لِمَا نُبيِّنه[2].

---

(١) أي تُطلَّق الأخرىٰ.

(٢) أي في المسألة التي بعد هذه.

ولو قال لأَمَتَيْه : إحداكما حرَّةٌ، ثم جامع إحداهما : لم تَعْتِقِ الأخرىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا : تَعتِقُ.

قال: (ولو قال لأَمَتَيْه: إحداكما حرَّةٌ، ثم جامَعَ إحداهما: لم تَعْتِقِ الأخرىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تَعتِقُ)؛ لأن الوطءَ لا يَحِلُّ إلا في الملك، وإحداهما حرةٌ، فكان بالوطء مستبقِياً الملكَ في الموطوءة، فتعيَّنتِ الأخرىٰ؛ لزوالِه بالعتق، كما في الطلاق.

وله: أن الملكَ قائمٌ في الموطوءة؛ لأن الإيقاعَ في المُنكَّرة، وهي معيَّنةٌ، فكان وطؤها حلالاً، فلا يُجعَلُ بياناً، ولهذا حَلَّ وطؤهما علىٰ مذهبه، إلا أنه لا يُفتَىٰ به[1].

ثم يُقالُ: العتقُ غيرُ نازلٍ قبلَ البيان؛ لتعلُّقِه به، أو يُقال: نازلٌ في المُنكَّرة، فيَظهرُ في حَقِّ حُكْمٍ تَقْبَلُه[2]، والوطءُ يصادِفُ المعيَّنةَ.

بخلاف الطلاق؛ لأنَّ المقصودَ الأصليَّ من النكاح: الولدُ، وقَصْدُ الولدِ بالوطء: يدلُّ علىٰ استبقاءِ الملكِ في الموطوءة؛ صيانةً للولد.

أما الأمةُ: فالمقصودُ من وطئها: قضاءُ الشهوة، دونَ الولد، فلا يدلُّ علىٰ الاستبقاء.

---

(١) وذلك احتياطاً في باب الحِلِّ والحُرمة. وينظر العناية ٤/٢٩٠.

(٢) أي المُنكَّرة.

ومَن قال لأَمَتِه : إن كان أوَّلُ ولدٍ تَلِدِينه غلاماً فأنتِ حرَّةٌ، فولَدَتْ غلاماً وجاريةً، ولا يُدرَىٰ أيُّهما وُلِد أوَّلاً : عَتَقَ نصفُ الأمِّ، ونصفُ الجارية، والغلامُ عبدٌ.

قال: (ومَن قال لأَمَتِه: إن كان أوَّلُ ولدٍ تَلِدِينه غلاماً فأنتِ حرَّةٌ، فوَلَدَتْ غلاماً وجاريةً، ولا يُدرَىٰ أيُّهما وُلِد أوَّلاً: عَتَقَ نصفُ الأمِّ، ونصفُ الجارية، والغلامُ عبدٌ).

لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما[1] تَعتِقُ في حال، وهو ما إذا ولدتِ الغلامَ أولَ مرةٍ: الأمُّ[2]: بالشرط، والجاريةُ: لكونها تبعاً لها؛ إذِ الأمُّ حرةٌ حين ولدتها.

وتَرِقُّ في حالٍ، وهو ما إذا وَلَدَتِ الجاريةَ أوَّلاً؛ لعدم الشرط، فيَعتِقُ نصفُ كلِّ واحدةٍ منهما، وتسعىٰ في النصف.

أما الغلام: فيَرِقُّ[3] في الحالَيْن[4]، فلهذا يكون عبداً.

وإن ادَّعت الأمُّ أنَّ الغلامَ هو المولودُ أوَّلاً، وأنكر المولىٰ، والجاريةُ صغيرةٌ: فالقولُ قولُه مع اليمين؛ لإنكاره شرطَ العتق.

فإن حَلَفَ: لم يَعتِقْ واحدٌ منهم.

---

(١) أراد الأمَّ والجاريةَ بحسب الظاهر والله أعلم، لكن جاء شرحاً لهذه العبارة في مطبوعتي البناية: أي من الغلام والجارية؟! يُحرَّر.

(٢) أي تعتِقُ الأمُّ.

(٣) وفي نُسخ: فرقٌّ.

(٤) تقدَّمت ولادته أو تأخرت.

وإذا شهد رجلان علىٰ رجلٍ أنه أعتق أحدَ عبدَيْه : فالشهادةُ باطلةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن تكونَ في وصيةٍ؛ استحساناً، ذَكَرَه في كتاب العَتَاق.

وإن نَكَلَ: عَتَقَتِ الأمُّ والجاريةُ؛ لأن دعوىٰ الأمِّ حريةَ الصغيرةِ معتبرةٌ؛ لكونها نفعاً مَحضاً، فاعتُبر النكولُ في حقِّ حريتهما، فعَتَقَتا.

ولو كانت الجاريةُ كبيرةً، ولم[1] تدَّع شيئاً منها، والمسألةُ بحالها: عَتَقَتِ الأمُّ بنكول المولىٰ خاصةً، دونَ الجارية؛ لأن دعوىٰ الأمِّ غيرُ معتبرةٍ في حَقِّ الجارية الكبيرة، وصحةُ النُّكولِ تُبتَنَىٰ علىٰ الدعوىٰ، فلم يظهَرْ في حَقِّ الجارية.

ولو كانت الجاريةُ الكبيرةُ هي المدَّعيةَ[2] لسَبْقِ ولادةِ الغلام، والأمُّ ساكتةٌ: يثبتُ عِتْقُ الجاريةِ بنكول المولىٰ، دون الأم؛ لِمَا قلنا.

والتحليفُ علىٰ العلم فيما ذكرناه؛ لأنه استحلافٌ علىٰ فِعْلِ الغير، وبهذا القدر يُعرَفُ ما ذكرنا من الوجوه[3] في «كفاية المنتهي».

قال: (وإذا شهد رجلان علىٰ رجلٍ أنه أعتق أحدَ عبدَيْه: فالشهادةُ باطلةٌ عند أبي حنيفة رحمه الله، إلا أن تكونَ في وصيةٍ؛ استحساناً، ذَكَرَه في كتاب العَتَاق[4]).

---

(١) وفي نُسخ: لم. بحذف الواو.

(٢) وضُبطت في نُسخ: هي المدعيةُ. بالضمِّ.

(٣) أي تفصيلاً.

(٤) أي في كتاب الأصل، للإمام محمد رحمه الله تعالىٰ.

وإن شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه طَلَّق إحدىٰ نسائه : جازَتِ الشهادةُ، ويُجبَرُ الزوجُ علىٰ أن يُطلِّقَ إحداهنَّ

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله : الشهادةُ في العتق : مثلُ ذلك .

وإن شَهِدَا علىٰ رجلٍ أنه طَلَّق إحدىٰ نسائه: جازَتِ الشهادةُ، ويُجبَرُ الزوجُ علىٰ أن يُطلِّقَ إحداهنَّ)، وهذا بالإجماع.

(وقال أبو يوسف ومحمدٌ رحمهما الله: الشهادةُ في العتق: مثلُ ذلك).

ويُؤمَرُ بأن يوقِعَ العتقَ علىٰ أحدهما.

وأصل هذا: أن الشهادةَ علىٰ عِتْقِ العبدِ لا تُقبلُ من غير دعوىٰ العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: تُقبَلُ.

والشهادةُ علىٰ عتقِ الأمة، وطلاقِ المنكوحةِ مقبولةٌ من غير دعوىً، بالاتفاق، والمسألةُ معروفةٌ.

وإذا كان دعوىٰ العبدِ شرطاً عنده: لم[1] تتحقَّقْ في مسألة الكتاب[2]؛ لأن الدعوىٰ من المجهول لا تتحقَّق، فلا تُقبَلُ الشهادةُ.

وعندهما: ليس بشرطٍ، فتُقبلُ الشهادةُ وإن انعدمتِ الدعوىٰ.

أما في الطلاق: فعدمُ الدعوىٰ لا يوجِبُ خَلَلاً في الشهادة؛ لأنها ليست بشرطٍ فيها.

ولو شَهِدا أنه أعتق إحدىٰ أمتَيْه: لا تُقبَلُ عند أبي حنيفة رحمه الله وإن

---

(١) وفي نُسخ: لا.

(٢) أي مسألة الجامع الصغير. البناية ٨/٨٢.

. . . .

لم تكنِ الدعوىٰ شرطاً فيه؛ لأنه إنما لا تُشترَطُ فيه الدعوىٰ؛ لِمَا أنه يتضمَّنُ تحريمَ الفَرْجِ، فشابَهَ الطلاقَ.

والعتقُ المُبهَمُ لا يوجِبُ تحريمَ الفَرْج عنده، علىٰ ما ذكرناه، فصار كالشهادةِ علىٰ عِتْقِ أحدِ العبدين.

وهذا كلُّه إذا شَهِدا في صحته علىٰ أنه أعتق أحدَ عبديه.

أما إذا شَهِدا أنه أعتق أحدَ عبديه في مرضِ موتِه، أو شَهِدا علىٰ تدبيره في صحته، أو في مرضِه، وأداءُ الشهادةِ في مرضِ موتِه، أو بعد الوفاة: يُقبلُ؛ استحساناً؛ لأنَّ التدبيرَ حيثما وَقَعَ: وَقَعَ وصيةً.

وكذا العتقُ في مرضِ الموت: وصيةٌ.

والخصمُ في الوصية إنما هو الموصي، وهو معلومٌ، وعنه خَلَفٌ، وهو الوصيُّ، أو الوارثُ، ولأن العتقَ المبهَم في مرض الموتِ[1] يَشِيْعُ بالموت فيهما[2]، فصار كلُّ واحدٍ منهما خصماً متعيِّناً.

ولو شَهِدا بعد موته أنه قال في صحته: أحدُكما حرٌّ: فقد قيل[3]: لا تُقبلُ؛ لأنه ليس بوصيةٍ، وقيل: تُقبل؛ للشيوع، وهو الصحيح[4]، والله أعلم.

* * * * *

---

(١) قوله: في مرض الموت: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي في العبدين.

(٣) وإنما قال بلفظ: قيل: لأنه لا نصَّ فيه عن أصحابنا، ولكن المشايخَ اختلفوا فيه.

(٤) وكُتِب في حاشية نسخة ٦٤٤هـ: أي وهو الأصح.

باب
الحَلِف بالعتق

ومَن قال: إذا دخلتُ الدارَ فكلُّ مملوكٍ لي يومئذٍ فهو حرٌّ، وليس له مملوكٌ، فاشترىٰ مملوكاً، ثم دخل: عَتَقَ.

ولو لم يكن قال في يمينه: يومئذٍ: لم يَعتِق.

باب
الحَلِف بالعتق

قال: (ومَن قال: إذا دخلتُ الدارَ فكلُّ مملوكٍ لي يومئذٍ فهو حرٌّ، وليس له مملوكٌ، فاشترىٰ مملوكاً، ثم دخل: عَتَقَ)؛ لأن قولَه: يومئذٍ: تقديرُه: يومَ إذْ دخلتُ الدارَ، إلا أنه أسقط الفعلَ، وعوَّضَه بالتنوين، فكان المعتبرُ قيامَ الملك وقتَ الدخول.

وكذا لو كان في مِلكِه يومَ حَلَفَ عبدٌ، فبقِيَ علىٰ ملكِه حتىٰ دخل: عَتَقَ؛ لِمَا قلنا.

قال: (ولو لم يكن قال في يمينه: يومَئذٍ: لم يَعتِق)؛ لأن قولَه: كلُّ مملوكٍ لي: للحال، والجزاءُ حريةُ المملوكِ في الحال، إلا أنه لَمَّا دخل الشرطُ علىٰ الجزاء: تأخَّرَ إلىٰ وجودِ الشرط، فيَعتِقُ إذا بقِيَ علىٰ مِلكِه إلىٰ وقت الدخول، ولا يتناولُ مَن اشتراه بعدَ اليمين.

ومَن قال: كلُّ مملوكٍ لي ذَكَرٍ فهو حُرٌّ، وله جاريةٌ حاملٌ، فولَدَت ذكراً: لم يَعتِقْ.

وإن قال: كلُّ مملوكٍ أملِكُه حُرٌّ بعدَ غَدٍ، أو قال: كلُّ مملوكٍ لي فهو حرٌّ بعدَ غَدٍ، وله مملوكٌ، فاشترىٰ آخَرَ، ثم جاء بعدُ غَدٍ: عَتَقَ الذي كان في مِلْكِه يومَ حَلَفَ.

قال: (ومَن قال: كلُّ مملوكٍ لي ذَكَرٍ فهو حُرٌّ، وله جاريةٌ حاملٌ، فولَدَت ذكراً: لم يَعتِقْ).

وهذا إذا ولدت لستة أشهر، فصاعداً: ظاهرٌ؛ لأن اللفظَ للحال، وفي قيام الحملِ وقتَ اليمين احتمالٌ لوجود أقلِّ مدةِ الحملِ بعدَه.

وكذا إذا ولدت لأقلَّ من ستة أشهرٍ؛ لأن اللفظَ يتناولُ المملوكَ المطلَقَ، والجنينُ مملوكٌ تَبَعاً للأم، لا مقصوداً.

ولأنه عضوٌ من وجهٍ، واسمُ المملوك يتناولُ الأنفُسَ، دونَ الأعضاء، ولهذا لا يملِكُ بيعَه منفرداً.

قال العبدُ الضعيف: وفائدةُ التقييدِ بوَصْفِ الذُّكورة: أنه لو قال: كلُّ مملوكٍ لي: تدخُلُ الحاملُ، فيدخلُ الحَمْلُ تَبَعاً لها.

قال: (وإن قال: كلُّ مملوكٍ أملِكُه حُرٌّ بعدَ غَدٍ، أو قال: كلُّ مملوكٍ لي فهو حرٌّ بعدَ غَدٍ، وله مملوكٌ، فاشترىٰ آخَرَ، ثم جاء بعدُ غَدٍ: عَتَقَ الذي كان في مِلْكِه يومَ حَلَفَ)؛ لأن قولَه: أملِكُه: للحال حقيقةً، يُقال: أنا أملِكُ كذا وكذا، ويُرادُ به الحال.

ولو قال: كلُّ مملوكٍ أملِكُه، أو قال: كلُّ مملوكٍ لي فهو حُرٌّ بعد موتي، وله مملوكٌ، فاشترىٰ مملوكاً آخَرَ: فالذي كان عندَه وقتَ اليمين: مدبَّرٌ، والآخَرُ: ليس بمدبَّرٍ، وإن مات: عَتَقَا من الثلث.

وقال أبو يوسف رحمه الله: في «النوادر»: يَعتِقُ ما كان في ملكِه يومَ حَلَفَ، ولا يَعتِقُ ما استفاد بعدَ يمينه ذلك.

وكذا يُستعمَلُ له من غير قرينةٍ، وفي الاستقبال: بقرينةِ السين، أو سوف، فيكونُ مطلَقُه للحال، فكان الجزاءُ حريةَ المملوكِ في الحال، مضافاً إلىٰ ما بعدَ الغَدِ، فلا يتناولُ ما يشتريه بعدَ اليمين.

قال: (ولو قال: كلُّ مملوكٍ أملِكُه، أو قال: كلُّ مملوكٍ لي فهو حُرٌّ بعد موتي، وله مملوكٌ، فاشترىٰ مملوكاً آخَرَ: فالذي كان عندَه وقتَ اليمين: مدبَّرٌ، والآخَرُ: ليس بمدبَّرٍ، وإن مات: عَتَقَا من الثلث.

وقال أبو يوسف رحمه الله: في «النوادر»: يَعتِقُ ما كان في ملكِه يومَ حَلَفَ، ولا يَعتِقُ ما استفاد بعدَ يمينه ذلك).

وعلىٰ هذا[1]: إذا قال: كلُّ مملوكٍ لي إذا مِتُّ فهو حُرٌّ.

له: أن اللفظَ حقيقةٌ للحال، علىٰ ما بيَّنَّاه، فلا يَعتِقُ به ما سيملِكُه، ولهذا صار هو مدبَّراً، دونَ الآخَرِ.

ولهما: أن هذا إيجابُ عِتْقٍ، وإيصاءٌ، حتىٰ اعتُبِرَ من الثلث، وفي الوصايا تُعتبرُ الحالةُ المنتَظَرَةُ، والحالةُ الرَّاهِنَةُ، ألا تَرىٰ أنه يدخلُ في

---

(١) أي وعلىٰ هذا الخلاف.

. . . .

الوصية بالمال: ما يستفيدُه بعدَ الوصية، وفي الوصية لأولادِ فلانٍ: مَن يولَد له بعدها.

والإيجابُ إنما يصحُّ مضافاً إلىٰ الملك، أو إلىٰ سببِه، فمِن حيث إنه إيجابُ العتقِ: يتناولُ العبدَ المملوكَ؛ اعتباراً للحالة الرَّاهنة، فيصيرُ مدبَّراً، حتىٰ لا يجوزُ بيعُه.

ومن حيث إنه إيصاءٌ: يتناولُ الذي يشتريه؛ اعتباراً للحالة المتربَّصة، وهي حالةُ الموت.

وقبلَ الموت حالةُ التملك استقبالٌ مَحْضٌ، فلا يدخلُ تحتَ اللفظِ.

وعندَ الموتِ: يصيرُ كأنه قال: كلُّ مملوكٍ لي، أو كلُّ مملوكٍ أملكُه: فهو حرٌّ.

بخلاف قولِه: بعدَ غدٍ، علىٰ ما تقدم؛ لأنه تصرُّفٌ واحدٌ، وهو إيجابُ العتق، وليس فيه إيصاءٌ، والحالةُ مَحْضُ استقبالٍ، فافترقا.

ولا يُقال: إنكم جَمَعتُم بين الحالِ والاستقبالِ؛ لأنا نقول: نعم، ولكن بسببَيْن مختلفَيْن: إيجابِ عِتْقٍ، ووصيةٍ، وإنما لا يجوزُ ذلك بسببٍ واحدٍ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

باب
العِتْق علىٰ جُعْلٍ

ومَن أَعْتَقَ عبدَه علىٰ مالٍ، فقَبِلَ العبدُ : عَتَقَ .

وذلك مثلُ أن يقولَ : أنتَ حرٌّ علىٰ ألفِ درهمٍ، أو : بألفِ درهمٍ .

باب
العِتْق علىٰ جُعْلٍ

قال: (ومَن أَعْتَقَ عبدَه علىٰ مالٍ، فقَبِلَ العبدُ: عَتَقَ.

وذلك مثلُ أن يقولَ: أنتَ حرٌّ علىٰ ألفِ درهمٍ، أو: بألفِ درهمٍ).

وإنما يَعتِقُ بقبوله؛ لأنه معاوَضةُ المالِ بغير المال، إذِ العبدُ لا يملكُ نفسَه، ومِن قضيةِ المعاوضة: ثبوتُ الحُكم بقبول العوضِ للحال، كما في البيع، فإذا قَبِلَ: صار حرّاً.

وما شُرِطَ: دَينٌ عليه، حتىٰ تصحُّ الكفالةُ به.

بخلاف بدلِ الكتابة؛ لأنه ثَبَتَ مع المُنافي، وهو قيامُ الرِّقِّ، علىٰ ما عُرِف.

وإطلاقُ لفظِ: المال: ينتظِمُ أنواعَه، من النقد، والعَرْض، والحيوان وإن كان بغير عَيْنه؛ لأنه معاوَضةُ المالِ بغير المال، فشابه النكاحَ، والطلاقَ، والصلحَ عن دم العمد.

ولو علَّقَ عِتْقَه بأداء المالِ : صَحَّ، وصار مأذوناً.

وإن أَحضَرَ المالَ : أجبره الحاكمُ علىٰ قَبْضِه، وعَتَقَ العبدُ.

وكذا الطعامُ، والمَكيلُ، والمَوزونُ إذا كان معلومَ الجنسِ، ولا تَضُرُّه جهالةُ الوصف؛ لأنها يسيرةٌ.

قال: (ولو علَّقَ عِتْقَه بأداء المالِ: صَحَّ، وصار مأذوناً).

وذلك مثلُ أن يقولَ: إن أدَّيتَ إليَّ ألفَ درهمٍ فأنتَ حرٌّ.

ومعنىٰ قولِه: صحَّ: أنه يَعتِقُ عند الأداءِ من غيرِ أن يصيرَ مكاتَباً؛ لأنه صريحٌ في تعليق العتقِ بالأداء وإن كان فيه معنىٰ المعاوضةِ في الانتهاء؛ علىٰ ما نبيِّنُ إن شاء الله تعالىٰ.

وإنما صار مأذوناً: لأنه رغَّبَه في الاكتسابِ بطَلَبِه الأداءَ منه، ومرادُه: التجارةُ، دون التكدِّي[1]، فكان إذناً له دلالةً.

قال: (وإن أَحضَرَ المالَ: أجبره الحاكمُ علىٰ قَبْضِه، وعَتَقَ العبدُ).

ومعنىٰ الإجبارِ فيه، وفي سائر الحقوق: أنه يُنَزَّلُ[2] قابضاً بالتخلية.

وقال زفرُ رحمه الله: لا يُجبَرُ علىٰ القبول، وهو القياسُ؛ لأنه تصرُّفُ يمينٍ، إذ هو تعليقُ العتقِ بالشرط لفظاً، ولهذا لا يَتوقَّفُ علىٰ قَبولِ العبد، ولا يحتملُ الفَسْخَ.

---

(١) أي دون إذلال النفس وبذلها وخِسَّتها، والتكدِّي في الأصل: لفظٌ فارسيٌّ، معناه: السؤال من الناس، والدوران فيه. البناية ٨/٩٤.

(٢) أي المولىٰ.

. . . .

ولا جَبْرَ علىٰ مباشرة شروطِ الأَيمان؛ لأنه لا استحقاقَ قبلَ وجودِ الشرط.

بخلاف الكتابة؛ لأنها[١] معاوَضَةٌ، والبدلُ فيها واجبٌ.

ولنا: أنه تعليقٌ؛ نظراً إلىٰ اللفظ، ومعاوَضَةٌ؛ نظراً إلىٰ المقصود؛ لأنه ما عَلَّقَ عتقَه بالأداء إلا ليحثَّه علىٰ دَفْعِ المال، فينالَ العبدُ شرفَ الحرية، والمولىٰ[٢] المالَ بمقابلته، بمنزلة الكتابة[٣].

ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثلِ هذا اللفظ، حتىٰ كان بائناً، فجعلناه تعليقاً في الابتداء، عملاً باللفظ، ودَفْعاً للضرر عن المولىٰ؛ حتىٰ لا يمتنعُ[٤] عليه بيعُه، ولا يكونُ العبدُ أحقَّ بمكاسبه، ولا يَسْري إلىٰ الولدِ المولودِ قبلَ الأداء.

وجعلناه معاوضةً في الانتهاء عندَ الأداء: دفعاً للضرر[٥] عن العبدِ، حتىٰ يُجبرُ المولىٰ علىٰ القبول، فعلىٰ هذا يدور الفقهُ، وتُخرَّجُ المسائل.

نظيرُه: الهبةُ بشرط العوض.

---

(١) وفي نُسخ: لأنه. قلت: أي عقد الكتابة.

(٢) أي وينال المولىٰ المال بمقابلة العتق. البناية ٩٥/٨.

(٣) فإنها معاوضة في الأصل.

(٤) وضُبطت في نُسخ: يمتنعَ. بالنصب.

(٥) وفي نُسخ: للغرور. قلت: والمعنىٰ واحدٌ؛ فإنه ما تحمَّل المشقةَ في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية.

ومَن قال لعبده: أنتَ حُرٌّ بعد موتي علىٰ ألفِ درهمٍ: فالقَبولُ بعد الموت.

ولو أدَّىٰ البعضَ: يُجبَرُ علىٰ القبول، إلا أنه لا يَعتِقُ ما لم يؤدِّ الكلَّ؛ لعدم الشرط، كما إذا حطَّ البعضَ، وأدَّىٰ الباقي.

ثم لو أدىٰ ألفاً اكتسبها قبلَ التعليق: رَجَعَ المولىٰ عليه، وعَتَقَ؛ لاستحقاقها.

ولو كان اكتسبها بعده: لم يرجع عليه؛ لأنه مأذونٌ من جهته بالأداء منه.

ثم الأداءُ في قوله: إن أدَّيتَ[1]: يقتصرُ علىٰ المجلس؛ لأنه تخييرٌ.

وفي قوله: إذا أدَّيت: لا يقتصرُ علىٰ المجلس؛ لأن: إذا: تُستعمل للوقت، بمنزلة: متىٰ.

قال: (ومَن قال لعبده: أنتَ حُرٌّ بعد موتي علىٰ ألفِ درهمٍ: فالقَبولُ بعد الموت)؛ لإضافة الإيجابِ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، فصارَ كما إذا قال: أنتَ حرٌّ غداً علىٰ ألفِ درهم.

بخلاف ما إذا قال: أنتَ مدبَّرٌ علىٰ ألفِ درهمٍ، حيث يكونُ القبولُ إليه في الحال؛ لأن إيجابَ التدبيرِ: في الحال، إلا أنه لا يجبُ المالُ؛ لقيام الرِّقِّ.

قالوا[2]: لا يَعتِقُ عليه في مسألة «الكتاب[3]» وإن قَبِلَ بعدَ الموت، ما

---

(١) أي إن أدَّيتَ إلي ألفاً فأنت حرٌّ.

(٢) أي المتأخرون من مشايخ الحنفية. البناية ٨/٩٩.

(٣) أي الجامع الصغير. البناية ٨/٩٩.

ومَن أَعتق عبدَه علىٰ خِدْمتِه أربعَ سنين، فقَبِلَ العبدُ، فعَتَقَ، ثم مات من ساعتِه: فعليه قيمةُ نفسِه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه قيمةُ خدمته أربعَ سنين.

لم يُعتِقْه الوارثُ؛ لأن الميتَ ليس بأهلٍ للإعتاق، وهذا صحيحٌ.

قال: (ومَن أَعتق عبدَه علىٰ خِدْمتِه أربعَ سنين، فقَبِلَ العبدُ، فعَتَقَ، ثم مات من ساعتِه: فعليه قيمةُ نفسِه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: عليه قيمةُ خدمته أربعَ سنين).

أما العتقُ: فلأنه جَعَلَ الخدمةَ في مدةٍ معلومةٍ عوضاً، فيتعلَّقُ العتقُ بالقبول، وقد وُجِدَ، ولزِمَه خدمتُه أربعَ سنينَ؛ لأنه يَصلُحُ عوضاً، فصار كما إذا أعتقه علىٰ ألفِ درهم.

ثم إذا مات العبدُ: فالخلافُ[1] فيه بناءٌ علىٰ خلافيةٍ أخرىٰ، وهي[2]: أنَّ مَن باع نفسَ العبدِ منه بجاريةٍ بعينها، أو أعتقه عليها، ثم استُحِقَّت الجاريةُ، أو هَلَكَتْ: يَرجعُ المولىٰ علىٰ العبد بقيمة نفسِه عندهما، وبقيمة الجارية عنده، وهي معروفةٌ.

ووجهُ البناء: أنه كما يَتعذَّر تسليمُ الجارية بالهلاك والاستحقاق: يتعذَّرُ الوصولُ إلىٰ الخدمة بموت العبدِ، وكذا بموت المولىٰ، فصار نظيرَها.

---

(١) وفي نُسخ: فالخلافية.

(٢) أي صورة المسألة الأخرىٰ.

ومَن قال لآخَرَ : أعتِقْ أَمَتَكَ علىٰ ألفِ درهمٍ عليَّ علىٰ أن تُزوِّجَنِيْها، ففَعَلَ، فأَبَتْ أن تتزوَّجَه : فالعتقُ جائزٌ، ولا شيء علىٰ الآمِر.

ولو قال : أعتِقْ أَمَتَكَ عني علىٰ ألفِ درهمٍ، والمسألةُ بحالها : قُسِمَتِ الألفُ علىٰ قيمتِها، ومَهْرِ مثلها، فما أصاب القيمةَ : أدَّاه الآمِرُ، وما أصاب المهرَ : بطل عنه.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: أعتِقْ أَمَتَكَ علىٰ ألفِ درهمٍ عليَّ علىٰ أن تُزوِّجَنِيْها، ففَعَلَ، فأَبَتْ أن تتزوَّجَه: فالعتقُ جائزٌ، ولا شيءَ علىٰ الآمِرِ).

لأن مَن قال لغيره: أعتِقْ عبدَك علىٰ ألفِ درهمٍ عليَّ، ففعل: لا يَلزَمُه شيءٌ، ويقعُ العتقُ عن المأمور.

بخلاف ما إذا قال لغيره: طلِّقِ امرأتَك علىٰ ألفِ درهمٍ عليَّ، ففعل، حيث يجبُ الألفُ علىٰ الآمِرِ؛ لأن اشتراطَ البدلِ علىٰ الأجنبيِّ في الطلاق جائزٌ، وفي العَتاق: لا يجوزُ، وقد قرَّرناه من قبل.

قال: (ولو قال: أعتِقْ أَمَتَكَ عني علىٰ ألفِ درهمٍ، والمسألةُ بحالها: قُسِمَتِ الألفُ علىٰ قيمتِها، ومَهْرِ مثلها، فما أصاب القيمةَ: أدَّاه الآمِرُ، وما أصاب المهرَ: بطل عنه)؛ لأنه لَمَّا قال: عني: تضمَّنَ الشراءَ؛ اقتضاءً، علىٰ ما عُرِفَ.

وإذا كان كذلك: فقد قابَلَ الألفَ بالرقبة شراءً، وبالبُضْعِ نكاحاً، فانقسم عليهما؛ ووَجَبَتْ حِصَّةُ ما سَلِمَ له، وهو الرقبةُ، وبَطَلَ عنه ما لم يَسلَمْ له، وهو البُضْع.

. . . .

فلو زوَّجتْ نفسَها منه: لم يذكره[١].

وجوابُه: أن ما أصاب قيمتَها: سَقَطَ في الوجه الأولِ[٢]، وهي[٣] للمولىٰ في الوجه الثاني[٤].

وما أصابَ مهرَ مثلها: كان مهراً لها في الوجهين، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) يعني في الجامع الصغير. البناية ١٠٣/٨.

(٢) أي الذي لم يذكر فيه لفظ: عني.

(٣) وفي نُسخ: وهو.

(٤) أي ما ذكر فيه لفظ: عني.

باب التدبير

وإذا قال المولىٰ لمملوكه : إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو : أنتَ حرٌّ بعد موتي، أو : أنتَ حُرٌّ عن دُبُرٍ مني، أو : أنتَ مدبَّرٌ، أو : قد دبَّرْتُكَ : فقد صار مدبَّراً.

لا يجوزُ بيعُه، ولا هبتُه، ولا إخراجُه عن مِلْكِه.

باب التدبير

قال: (وإذا قال المولىٰ لمملوكه: إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو: أنتَ حرٌّ بعد موتي[1]، أو: أنتَ حُرٌّ عن دُبُرٍ مني، أو: أنتَ مدبَّرٌ، أو: قد دبَّرتُكَ: فقد صار مدبَّراً)؛ لأن هذه الألفاظَ صريحةٌ في التدبير، فإنه إثباتُ العِتْقِ عن دُبُرٍ.

ثم (لا يجوزُ بيعُه، ولا هبتُه، ولا إخراجُه عن مِلْكِه) إلا إلىٰ الحرية، كما في الكتابة.

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: يجوزُ؛ لأنه تعليقُ العتقِ بالشرط، فلا يَمتنعُ به البيعُ والهبةُ، كما في سائر التعليقات، وكما في المدبَّرِ المقيَّد.

ولأن التدبيرَ وصيةٌ، وهي غيرُ مانعةٍ من ذلك.

---

(١) جملة: أو أنتَ حرٌّ بعد موتي: زيادةٌ مصحَّحةٌ في نسخة ٨٠٧هـ.

(٢) المهذب ٢/١١.

. . . .

ولنا: قولُه عليه الصلاة والسلام: «المدبَّرُ لا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُورَثُ»[١].

وهو حُرٌّ من الثُّلُث.

ولأنه سَبَبُ الحرية؛ لأنَّ الحريةَ تثبتُ بعد الموت، ولا سببَ غيرُه.

ثم جَعْلُه سبباً في الحال أَوْلىٰ؛ لوجوده في الحال، وعدمِه بعد الموت.

ولأنَّ ما بعدَ الموت: حالُ بطلان أهليةِ المتصرِّف[٢]، فلا يُمكنُ تأخيرُ السببيَّةِ إلىٰ زمانِ بطلان الأهلية.

بخلاف سائرِ التعليقات؛ لأن المانعَ من السببيةِ قائمٌ قبلَ الشرط؛ لأنه يمينٌ، واليمينُ مانعةٌ، والمنعُ هو المقصودُ، وأنه يُضادُّ وقوعَ الطلاقِ والعَتاق، وأمكن تأخيرُ السببية إلىٰ زمانِ الشرط؛ لقيام الأهلية عنده، فافترقا.

ولأنه وصيةٌ، والوصيةُ خِلافةٌ في الحال، كالوِراثة، وإبطالُ السببِ لا يجوز، وفي البيعِ وما يضاهيه: ذلك[٣].

---

(١) سنن الدارقطني (٤٢٦٤)، بدون لفظ: ولا يورَث، وفي سنده: عُبيدة بن حسان: وهو ضعيفٌ، سنن البيهقي (٢١٥٧٣)، وجعله البعض موقوفاً، ينظر الدراية ٢/٨٧، التعريف والإخبار ٣/١١٩.

وجاء في صحيح البخاري (٢١٤١)، وصحيح مسلم (٩٩٧) أنه صلىٰ الله عليه وسلم باع المدبر.

(٢) وفي نُسخ: التصرُّف.

(٣) أي إشارة إلىٰ إبطال التدبير.

وللمَوْلىٰ أن يَستخدِمَه، ويؤاجِرَه، وإن كانت أَمَةً له وَطْؤها، وله أن يُزَوِّجَها.

فإذا مات المولىٰ: عَتَقَ المدبَّرُ من ثُلُثِ مالِه إن خَرَجَ من الثلث.

حتىٰ لو لم يكن له مالٌ غيرُه: يسعىٰ في ثلثي قيمته.

وإن كان علىٰ المولىٰ دَيْنٌ: سعىٰ في كلِّ قيمته لغرمائه.

وولدُ المدبَّرة: مدبَّرٌ.

قال: (وللمَوْلىٰ أن يَستخدِمَه، ويؤاجِرَه، وإن كانت أَمَةً له وَطْؤها[١]، وله أن يُزَوِّجَها)، لأن الملكَ فيه ثابتٌ له، وبه تُستفادُ ولايةُ هذه التصرفات.

قال: (فإذا مات المولىٰ: عَتَقَ المدبَّرُ من ثُلُثِ مالِه إن خَرَجَ من الثلث)؛ لِمَا روينا.

ولأن التدبيرَ وصيةٌ؛ لأنه تبرُّعٌ مضافٌ إلىٰ وقت الموت، والحكمُ غيرُ ثابتٍ في الحال، فيُنَفَّذُ من الثلث.

قال: (حتىٰ لو لم يكن له مالٌ غيرُه: يسعىٰ في ثلثي قيمته.

وإن كان علىٰ المولىٰ دَيْنٌ: سعىٰ في كلِّ قيمته لغرمائه)؛ لتقدُّم الدَّيْن علىٰ الوصية، ولا يُمكنُ نَقْضُ العتقِ، فيجبُ ردُّ قيمته.

قال: (وولدُ المدبَّرة: مدبَّرٌ)، وعلىٰ ذلك نُقِلَ إجماعُ الصحابة رضي الله عنهم[٢].

---

(١) وفي نُسخ: أمةً وَطِئها. قلت: تقديره: أمرٌ يدل علىٰ الإباحة.

(٢) ينظر مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٦٣١)، ونقل العلامة قاسم في التعريف

وإن علَّقَ التدبيرَ بموته علىٰ صفةٍ، مثلُ أن يقولَ : إن مِتُّ من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو من مرضٍ كذا : فليس بمُدَبَّرٍ، ويجوزُ بيعُه.

فإن مات المولىٰ علىٰ الصفةِ التي ذَكَرَها : عَتَقَ كما يَعتِقُ المدبَّرُ.

قال: (وإن علَّقَ التدبيرَ بموته علىٰ صفةٍ، مثلُ أن يقولَ: إن مِتُّ من[1] مرضي هذا، أو سفري هذا، أو من مرضٍ كذا: فليس بمُدَبَّرٍ، ويجوزُ بيعُه)؛ لأن السببَ لم ينعقدْ في الحال؛ لتردُّدٍ في تلك الصفة.

بخلافِ المدبَّر المطلَقِ؛ لأنه تعلَّقَ عِتْقُه بمطلَق الموت، وهو كائنٌ، لا محالةَ.

قال: (فإن مات المولىٰ علىٰ الصفةِ التي ذَكَرَها: عَتَقَ كما يَعتِقُ المدبَّرُ).

معناه: من الثُّلُث؛ لأنه ثَبَتَ حُكْمُ التدبير في آخرِ جزءٍ من أجزاء حياته؛ لتحقُّقِ تلك الصفةِ فيه، فلهذا يُعتبرُ من الثلث.

ومِن المقيَّدَ: أن يقولَ: إن مِتُّ إلىٰ سنةٍ أو عَشْرِ سنين؛ لِمَا ذكرنا.

بخلاف ماذا قال: إلىٰ مائةِ سنةٍ، ومِثْلُه لا يعيشُ إليه في الغالب؛ لأنه كالكائن، لا محالةَ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

والإخبار ٣/١٢٠ عن الإشراف لابن المنذر أن زيد بن ثابت من الصحابة خالف الإجماع، وينظر الدراية ٢/٨٧.

(١) وفي نُسخ: في مرضي.

باب الاستيلاد

وإذا وَلَدَتِ الأَمَةُ من مولاها: فقد صارتْ أُمَّ ولدٍ له، لا يجوزُ بيعُها، ولا تمليكُها.

باب الاستيلاد

قال: (وإذا وَلَدَتِ الأَمَةُ من مولاها: فقد صارتْ أُمَّ ولدٍ له، لا يجوزُ بيعُها، ولا تمليكُها)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتَقَها ولدُها»[1].

أَخْبَرَ صلىٰ الله عليه وسلم عن إعتاقِها، فيثبتُ بعضُ مَوَاجبِه، وهو حُرْمةُ البيع.

ولأن الجزئيةَ قد حصلت بين الواطئ والموطوءةِ بواسطة الولد، فإنَّ الماءَيْن قد اختلطا، بحيثُ لا يُمكنُ المَيْزُ بينهما، علىٰ ما عُرِفَ في حُرْمة المصاهرة، إلا أنَّ بعدَ الانفصالِ تبقىٰ الجزئيةُ حُكْماً، لا حقيقةً، فضَعُفَ السببُ، فأوجب حُكْماً مؤجَّلاً إلىٰ ما بعد الموت.

وبقاءُ الجزئية حُكْماً: باعتبار النسب، وهو من جانبِ الرجال، فكذا الحريةُ تثبتُ في حَقِّهم، لا في حقِّهنَّ، حتىٰ إذا مَلَكَتِ الحرَّةُ زوجَها، وقد ولدت منه: لم يَعتقِ الزوجُ الذي مَلَكَتْه بموتها.

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٥١٦)، وفي سنده: حسين بن عبد الله: وهو ضعيفٌ جداً، سنن البيهقي (٢١٧٨٨) بسندٍ معضل، وقال ابن حزم في المحلىٰ ٨/ ٢١٥: صح هذا بسند رواتُه ثقات، وتعقَّبه ابن القطان، واستدرك عليه العلامة قاسم في التعريف والإخبار ٣/ ١٢٣، وينظر الدراية ٢/ ٨٧.

ويجوز له وطؤها، واستخدامُها، وإجارتُها، وتزويجُها.

ولا يثبتُ نسبُ ولدِها إلا أن يَعترِفَ المولىٰ به.

وبثبوت عِتْقٍ مؤجَّلٍ: يثبتُ حقُّ الحرية في الحال، فيَمنعُ جوازَ البيع، وإخراجَها لا إلىٰ الحرية في الحال، ويوجِبُ عتقَها بعد موته.

وكذا إذا كان بعضُها مملوكاً له؛ لأن الاستيلادَ لا يتجزَّأ، فإنه فَرْعُ النسب، فيُعتبرُ بأصله.

قال: (ويجوز له وطؤها، واستخدامُها، وإجارتُها، وتزويجُها)؛ لأن الملكَ فيها[1] قائمٌ، فأشبهتِ المدبَّرَةَ.

قال: (ولا يثبتُ نسبُ ولدِها إلا أن يَعترِفَ المولىٰ به).

وقال الشافعي[2] رحمه الله: يثبتُ نسبُه منه وإن لم يدَّعِ؛ لأنه لَمَّا ثبت النسبُ بالعقد، فلأَنْ يثبتَ بالوطء، وأنه أكثرُ إفضاءً: أَوْلىٰ.

ولنا: أن وطءَ الأمةِ يُقصَدُ به قضاءُ الشهوة، دونَ الولد؛ لوجودِ المانع عنه[3]، فلا بدَّ من الدِّعوة، بمنزلة مِلْكِ اليمينِ من غيرِ وطءٍ.

بخلاف العقدِ؛ لأن الولدَ يَتعيَّنُ مقصوداً منه، فلا حاجةَ إلىٰ الدِّعوة.

---

(١) أي في أم الولد.

(٢) الإقناع ١/٢٠٩.

(٣) أي عن طَلَبِ الولد، والمانعُ هو إتلاف المالية. حاشية نسخة ٦٤٤هـ، وقال في البناية ٨/١٢١: والمانع هو سقوطُ التقوُّمِ عن أمِّ الولدِ عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنها ليست بمتقوِّمةٍ عنده، ونقصانُ القيمةِ عند صاحبيه؛ لأن قيمتَها ثلثُ قيمة القِن؛ لبقاء منفعة الوطء، وزوالِ منفعةِ السِّعَاية، والبيع. اهـ

فإن جاءتْ بعد ذلك بولدٍ : يثبتُ نسبُه بغير إقرار .

إلا أنه إذا نفاه : ينتفي بقوله .

قال: (فإن جاءتْ بعد ذلك بولدٍ: يثبتُ نسبُه[١] بغير إقرار).

معناه: بعد اعترافٍ منه بالولد الأول؛ لأنه بدعوىٰ الولدِ الأول: تعيَّنَ الولدُ مقصوداً منها، فصارت فراشاً يملك نقلَه بالتزويج[٢]، كالمعقودة.

(إلا أنه إذا نفاه: ينتفي بقوله)؛ لأن فراشَها ضعيفٌ، حتىٰ يَملِكُ نَقْلَه بالتزويج.

بخلاف المنكوحة، حيث لا ينتفي الولدُ بنفيه إلا باللعان؛ لتأكُّد الفراشِ، حتىٰ لا يملكُ إبطالَه بالتزويج، وهذا الذي ذكرناه حُكمٌ[٣].

فأما الدِّيانة[٤]: فإن كان وَطِئها، وحَصَّنَها[٥]، ولم يَعْزِلْ عنها: يلزمُه أن يعترفَ به، ويدَّعيَ؛ لأن الظاهرَ أن الولدَ منه.

وإن عَزَلَ عنها، أو لم يُحصِّنْها: جاز له أن ينفيَه؛ لأن هذا الظاهرَ يقابِلُه ظاهرٌ آخَرُ، هكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) أي من المولىٰ.

(٢) يعني يجوز أن يزوجها لغيره. حاشية نسخة برقم ٦٤٤ السليمانية.

(٣) أي بيان الحُكم والقضاء.

(٤) أي بينه وبين الله تعالىٰ.

(٥) المراد من التحصين: أن يمنعها من الخروج والبروز عن مظانِّ الرِّيبة.
وأما العزل فهو: أن يطأها، ولا يُنزِلُ موضعَ المجامعة. البناية ١٢٢/٨.

فإن زوَّجَها المولىٰ من رجل، فجاءَتْ بولدٍ: فهو في حُكْمِ أُمِّه.

وإذا مات المولىٰ: عَتَقَتْ من جميع المال.

وفيه روايتان أُخريان[١] عن أبي يوسف وعن محمدٍ رحمهما الله، ذكرناهما في «كفاية المنتهي».

قال: (فإن زوَّجَها المولىٰ من رجل، فجاءَتْ بولدٍ: فهو في حُكْمِ أُمِّه)؛ لأن حَقَّ الحريةِ يَسري إلىٰ الولد؛ كالتدبير، ألا يُرىٰ أن وَلَدَ الحرةِ حُرٌّ، وولدَ القِنَّة رقيقٌ[٢].

والنَّسبُ يثبتُ من الزوج؛ لأن الفراشَ له وإن كان النكاحُ فاسداً، إذِ الفاسدُ مُلْحَقٌ بالصحيح في حَقِّ الأحكام.

ولو ادَّعاه المولىٰ: لا يثبتُ نسبُه منه؛ لأنه ثابتُ النسبِ من غيره.

ويَعتِقُ الولدُ، وتصيرُ أُمُّه أمَّ ولدٍ له؛ لإقراره.

قال: (وإذا مات المولىٰ: عَتَقَتْ من جميع المال).

لحديث سعيد بن المسيَّب أن النبي عليه الصلاة والسلام أَمَرَ بعتق أمهات الأولاد، وأن لا يُبَعْنَ في دَيْنٍ، ولا يُجعَلْنَ من الثلث[٣].

ولأن الحاجةَ إلىٰ الولد أصليةٌ، فتُقدَّمُ علىٰ حَقِّ الورثةِ والدَّينِ، كالتكفين، بخلاف التدبير؛ لأنه وصيةٌ بما هو من زوائد الحوائج.

---

(١) وتلك الروايات بلفظ الوجوب. البناية ٨/١٢٣.

(٢) وفي نُسخ: قِنٌّ.

(٣) قال في التعريف والإخبار ٣/١٢٤: قال المخرِّجون: لم نجده، قلت: أخرجه محمد بن الحسن في الأصل من هذا الوجه. اهـ، وينظر منية الألمعي ص٣٩٢، والدراية ٢/٨٧.

ولا سعايةَ عليها في دَيْنِ المولىٰ للغرماء.

وإذا أسلمت أمُّ ولدِ النصرانيِّ: فعليها أن تسعىٰ في قيمتها.

قال: (ولا سعايةَ عليها في دَيْنِ المولىٰ للغرماء)؛ لِمَا روينا.

ولأنها ليست بمال مُتَقوِّمٍ، حتىٰ لا تُضمَنُ بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا[1] يتعلَّقُ بها حَقُّ الغرماء، كالقصاص، بخلاف المدبَّر؛ لأنه مالٌ متقوِّم.

قال: (وإذا أسلمت أمُّ ولدِ النصرانيِّ: فعليها أن تسعىٰ في قيمتها)؛ وهي بمنزلة المكاتَب، لا تَعتِقُ حتىٰ تؤدِّيَ السعايةَ.

وقال زفر رحمه الله: تَعتِقُ في الحال، والسعايةُ دينٌ عليها.

وهذا الخلافُ فيما إذا عُرِضَ علىٰ المولىٰ الإسلامُ، فأبىٰ، فإن أسلم: تبقىٰ علىٰ حالِها.

له: أن إزالةَ الذُّلِّ عنها بعد ما أسلمت واجبةٌ، وذلك بالبيع أو الإعتاق، وقد تعذَّر البيعُ، فتعيَّن الإعتاقُ.

ولنا: أن النظرَ من الجانبين في جَعْلِها مكاتبةً؛ لأنه يندفعُ الذلُّ عنها بصيرورتها حرَّةً يداً.

والضررُ[2] عن الذمي: لانبعاثِها علىٰ الكسب؛ نَيْلاً لشرف الحرية، فيَصِلُ الذميُّ إلىٰ بدلِ ملكِه، أما لو أُعتقت وهي مفلِسَةٌ: تتوانىٰ في الكسب.

---

(١) وفي نُسخ: فلا.

(٢) أي ويندفع الضررُ.

ولو ماتَ مولاها: عَتَقَتْ بلا سِعايةٍ.

ولو عَجَزَتْ في حياته: لا تُرَدُّ قِنَّةً.

ومَن استَوْلَدَ أمةَ غيرِه بنكاحٍ، ثم مَلَكَها: صارتْ أُمَّ ولدٍ له.

وماليةُ أمِّ الولد يَعتقدُها الذميُّ متقوِّمةً، فيُترَكُ وما يعتقدُه[1].

ولأنها[2] إن لم تكن متقوِّمةً: فهي محترَمةٌ.

وهذا يكفي لوجوب الضمان، كما في القصاص المشترَكِ إذا عفا أحدُ[3] الأولياء: يجب المالُ للباقِين.

قال: (ولو مات مولاها: عَتَقَتْ بلا سِعايةٍ)؛ لأنها أُمُّ ولدٍ له.

قال: (ولو عَجَزَتْ في حياته: لا تُرَدُّ قِنَّةً)؛ لأنها لو رُدَّت قِنَّةً: أُعِيْدَتْ مكاتَبةً؛ لقيام الموجِب[4].

قال: (ومَن استَوْلَدَ أمةَ غيرِه بنكاحٍ، ثم مَلَكَها: صارتْ أُمَّ ولدٍ له[5]).

وقال الشافعي[6] رحمه الله: لا تصيرُ أمَّ ولدٍ له.

---

(١) هذا جوابٌ عما يقال: كيف تسعىٰ أمُّ ولد النصراني، والسعاية في القيمة: دليل التقوُّم، وأم الولد ليست بمتقوِّمة عن أبي حنيفة رحمه الله؟ فأجاب أنهم يعتقدون ماليتها. البناية ٨/١٢٧.

(٢) أي مالية أم الولد.

(٣) وفي نُسخ: بعض.

(٤) أي الموجِب للكتابة، وهو إسلامها مع كفر مولاها.

(٥) شرعاً؛ لأنها كانت أمَّ ولد حقيقةً. البناية ٨/١٢٨.

(٦) مغني المحتاج ٤/٥٤٠.

ولو استَوْلَدَها بمِلْكِ يمينٍ، ثم استُحِقَّت، ثم مَلَكَها : تصيرُ أمَّ ولدٍ له عندنا.

قال: (ولو استَوْلَدَها بمِلْكِ يمينٍ، ثم استُحِقَّت، ثم مَلَكَها: تصيرُ أمَّ ولدٍ له عندنا)، وله[١] فيه: قولان.

وهو ولدُ المغرور[٢].

له[٣]: أنها عَلِقَتْ برقيقٍ، فلا تكونُ أمَّ ولدٍ له[٤]، كما إذا عَلِقَت من الزنا، ثم مَلَكَها الزاني.

وهذا لأن أموميةَ الولد: باعتبار عُلوقِ الولد حراً؛ لأنه جزءُ الأم في تلك الحالة، والجزءُ لا يُخالِفُ الكلَّ.

ولنا: أن السببَ هو الجزئيةُ[٥]، علىٰ ما ذكرنا من قبلُ، والجزئيةُ إنما تثبتُ بينهما بنسبة الولدِ الواحدِ إلىٰ كلٍّ واحدٍ منهما كَمَلاً، وقد ثَبَتَ النسبُ، فتثبتُ الجزئيةُ بهذه الواسطة.

بخلاف الزنا؛ لأنه لا نسبَ فيه للولد إلىٰ الزاني، وإنما يَعتِقُ علىٰ الزاني إذا مَلَكَه؛ لأنه جزؤه حقيقةً بغير واسطة.

---

(١) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

(٢) وبيانه: أنَّ مَن يطأ امرأةً متعمداً علىٰ مِلكِ يمين، أو نكاح، فتلدُ منه، ثم تُستَحَقُّ: يكون ولدُه حراً بالقيمة يومَ الخصومة. البناية ١٢٨/٨.

(٣) أي للإمام الشافعي رحمه الله.

(٤) أي لمَن عَلِقت منه.

(٥) حُكماً.

وإذا وَطِئَ الأبُ جاريةَ ابنِه، فجاءَتْ بولدٍ، فادَّعاه: ثَبَتَ نسبُه منه، وصارت أمَّ ولدٍ له، وعليه قيمتُها، وليس عليه عُقْرُها، ولا قيمةُ ولدها.

وإنْ وَطِئَ أبو الأبِ مع بقاءِ الأبِ: لم يثبتِ النسبُ.

ولو كان الأبُ ميتاً: يثبتُ من الجَدِّ، كما يَثبتُ نسبُه من الأب.

نظيرُه: مَن اشترىٰ أخاه من الزنا[١]: لا يَعتِقُ؛ لأنه يُنسَبُ إليه بواسطة نسبتِه إلىٰ الوالد، وهي غيرُ ثابتةٍ.

قال: (وإذا وَطِئَ الأبُ جاريةَ ابنِه، فجاءَتْ بولدٍ، فادَّعاه: ثَبَتَ نسبُه منه[٢]، وصارت أمَّ ولدٍ له، وعليه قيمتُها، وليس عليه عُقْرُها[٣]، ولا قيمةُ ولدها)وقد ذَكَرْنا المسألةَ بدلائلها في كتابِ النكاح[٤] من هذا الكتاب.

وإنما لا يَضمنُ قيمةَ الولد: لأنه انْعَلَقَ حُرَّ الأصل؛ لاستنادِ الملكِ إلىٰ ما قبلَ الاستيلاد.

قال: (وإنْ وَطِئَ أبو الأبِ مع بقاءِ الأبِ: لم يثبتِ النسبُ)؛ لأنه لا ولايةَ للجدِّ حالَ قيامِ الأب.

قال: (ولو كان الأبُ ميتاً: يثبتُ من الجَدِّ، كما يَثبتُ نسبُه من الأب)؛ لظهور ولايتِه عند فَقْدِ الأب.

---

(١) أي الأخ لأب، أما الأخ لأم: فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا. البناية ١٢٩/٨.

(٢) وإن كان هذا الوطء حراماً شرعاً باتفاق الفقهاء. حاشية نسخة ٧٦٩هـ.

(٣)أي مهر مثلها.

(٤) في آخر كتاب نكاح الرقيق من الهداية.

وإذا كانتِ الجاريةُ بين شريكَيْن، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه أحدُهما: ثَبَتَ نسبُه منه، وصارتْ أمَّ ولدٍ له، ويَضمنُ نصفَ قيمتِها، ويَضمَنُ نصفَ عُقْرِها.

وكُفْرُ الأبِ، ورِقُّه: بمنزلة موتِه؛ لأنه قاطعٌ للولاية.

قال: (وإذا كانتِ الجاريةُ بين شريكَيْن، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه أحدُهما: ثَبَتَ نسبُه منه)؛ لأنه لَمَّا ثَبَتَ النسبُ منه في نصفِه؛ لمصادفته مِلْكَه: ثَبَتَ في الباقي؛ ضرورةَ أنه لا يتجزَّأ؛ لِمَا أنَّ سببَه لا يتجزَّأ، وهو العُلُوقُ، إذِ الولدُ الواحدُ لا يَنْعَلِقُ من ماءَيْن[1].

(وصارتْ أمَّ ولدٍ له)؛ لأن الاستيلادَ لا يتجزَّأُ عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: يصيرُ نصيبُه أمَّ ولدٍ له، ثم يتملَّكُ نصيبَ صاحبِه، إذْ هو قابلٌ للملك.

(ويَضمَنُ نصفَ قيمتِها)؛ لأنه تملَّك نصيبَ صاحبِه لَمَّا استكْمَلَ[2] الاستيلادَ[3].

(ويَضمنُ نصفَ عُقْرِها)؛ لأنه وَطِئَ جاريةً مشتركةً، إذِ الملكُ يثبتُ حُكْماً للاستيلاد، فيتعقَّبُه الملكُ في نصيبِ صاحبِه.

بخلاف الأبِ إذا استولدَ جاريةَ ابنه؛ لأن الملكَ هنالكَ يثبتُ شرطاً للاستيلاد، فيتقدَّمُه، فصار واطئاً مِلْكَ نفسِه.

---

(١) وفي نُسخ: ماء رجلين.

(٢) وفي نُسخ: استكملت.

(٣) أي في الجارية المذكورة.

ولا يَغرَمُ قيمةَ ولدِها، وإن ادَّعياه معاً: ثَبَتَ نسبُه منهما جميعاً.

(ولا يَغرَمُ قيمةَ ولدِها)؛ لأن النسبَ يثبتُ مستنِداً إلىٰ وقتِ العلوقِ، فلم يَنعلِقْ شيءٌ منه علىٰ ملكِ الشريك.

قال: (وإن ادَّعياه معاً: ثَبَتَ نسبُه منهما جميعاً).

معناه: إذا حَمَلَتْ علىٰ ملكِهما.

وقال الشافعيُّ[1] رحمه الله: يُرْجَعُ إلىٰ قولِ القَافَةَ[2]؛ لأن إثباتَ النسبِ من شخصَيْن معاً مع عِلْمِنا أن الولدَ لا ينخَلِقُ من ماءَيْن: متعذِّرٌ، فعَمِلْنا بالشَّبَه.

وقد سُرَّ رسولُ الله عليه الصلاة والسلام بقول القائفِ في أسامة بن زيدٍ رضي الله عنهما[3].

ولنا: كتابُ عمرَ رضي الله عنه إلىٰ شُرَيْحٍ في هذه الحادثة: «لَبَّسَا: فلُبِّسَ عليهما[4]، ولو بَيَّنَا: لبُيِّنَ لهما، هو ابنُهما، يَرِثُهما ويَرِثانه، وهو للباقي منهما[5]»[6].

---

(١) الإقناع ١/٢٠٤.

(٢) وفي نُسخ: القائف.

(٣) صحيح البخاري (٦٧٧٠)، صحيح مسلم (٣٨، ١٤٥٩).

(٤) أي لُبِّس النسب عليهما.

(٥) أي إذا مات الولدُ بعد موت أحدهما: يكون الميراث للأب الحي، ولا شيء لورثة الشريك. البناية ٨/١٤١.

(٦) سنن البيهقي (٢١٢٦٧)، مصنف عبد الرزاق (١٣٤٧٥)، الدراية ٢/٨٨،=

وكانت الأمةُ أمَّ ولدٍ لهما.

وكان ذلك بمَحْضَرٍ من الصحابة رضي الله عنهم[(١)].

وعن علي رضي الله عنه مثلُ ذلك[(٢)].

ولأنهما استويا في سببِ الاستحقاق، فيستويان فيه.

والنسبُ وإن كان لا يتجزَّأ، ولكن تتعلَّقُ به أحكامٌ متجزئة، وأحكامٌ غيرُ متجزئةٍ[(٣)]، فما يَقبَلُ التجزئةَ: يثبتُ في حَقِّهما علىٰ التجزئة، وما لا يَقبَلُها: يثبتُ في حَقِّ كلِّ أحدٍ منهما كَمَلاً؛ كأنْ ليس معه غيرُه.

إلا إذا كان أحدُ الشريكين أباً للآخَر، أو كان أحدُهما مسلماً والآخَرُ ذمياً؛ لوجودِ المرجِّحِ في حَقِّ المسلم، وهو الإسلامُ، وفي حَقِّ الأب، وهو ما لَه من الحَقِّ في نصيب الابن.

وسرورُ النبيِّ عليه الصلاة والسلام فيما روىٰ[(٤)]: لأن الكفارَ كانوا يطعنون في نسبِ أسامة بن زيدٍ رضي الله عنه، وكان قولُ القائفِ مَقْطَعاً لطَعْنِهم، فسُرَّ به صلىٰ الله عليه وسلَّم.

قال: (وكانت الأمةُ أمَّ ولدٍ لهما)؛ لصحة دِعوةِ كلِّ واحدٍ منهما في

وينظر بتأكيد التعريف والإخبار ١٢٨/٣ وما أورده العلامة قاسم من وجوه النظر في الاستدلال بهذا الأثر، وأفاد أيضاً أن محمد بن الحسن أخرجه في الأصل.

(١) أي يكون كالمجمَع عليه.

(٢) شرح معاني الآثار (٦١٧٤) ١٦٤/٤، مصنف عبد الرزاق (١٣٤٧٣).

(٣) قوله: وأحكامٌ غير متجزئة: مثبتٌ مصححاً في نسخة ٦٤٤هـ، والمتجزئة: كالنفقة، وغير المتجزئة: كثبوت النسب. البناية ١٤٢/٨.

(٤) أي الإمام الشافعي رحمه الله.

وعلىٰ كلِّ واحدٍ منهما نصفُ العُقْرُ؛ قصاصاً بما لَه علىٰ الآخَر، ويَرِثُ الابنُ من كلِّ واحدٍ منهما ميراثَ ابنٍ كاملٍ.

ويَرِثانِ منه ميراثَ أبٍ واحدٍ.

وإذا وَطِئَ المولىٰ جاريةَ مكاتَبِه، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه: فإن صَدَّقَه المكاتَبُ: ثَبَتَ نسبُ الولدِ منه، . . . .

نصيبِه في الولد، فيصيرُ نصيبُه منها أمَّ ولدٍ له، تَبَعاً لولدها.

قال: (وعلىٰ كلِّ واحدٍ منهما نصفُ العُقْرُ؛ قصاصاً بما لَه علىٰ الآخَر، ويَرِثُ الابنُ من كلِّ واحدٍ منهما ميراثَ ابنٍ كاملٍ)؛ لأنه أقرَّ له بميراثه كلِّه، وهو حُجَّةٌ في حَقِّه.

قال: (ويَرِثانِ منه ميراثَ أبٍ واحدٍ)؛ لاستوائهما في السبب[1]، كما إذا أقاما البينةَ.

قال: (وإذا وَطِئَ المولىٰ جاريةَ مكاتَبِه، فجاءت بولدٍ، فادَّعاه: فإن صَدَّقَه المكاتَبُ: ثَبَتَ نسبُ الولدِ منه).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُعتبرُ تصديقُه؛ اعتباراً بالأب يدَّعي ولدَ جاريةِ ابنِه.

ووجهُ الظاهر، وهو الفرقُ: أن المولىٰ لا يَملِكُ التصرُّفَ في أكساب مكاتَبه، حتىٰ لا يَتملَّكُه[2]، والأبُ يَملِكُ تَمَلُّكَه[3]، فلا معتبرَ بتصديق الابن.

---

(١) أي في الدِّعوة، وفي نُسخ: في النسب.

(٢) أي لا يتملك كسب المكاتب عند حاجته. البناية ٨/ ١٤٤.

(٣) أي مال ابنه؛ لأنه لم يحجر علىٰ نفسه.

وعليه عُقرُها.

وقيمةُ ولدِها، ولا تصيرُ الجاريةُ أمَّ ولدٍ له.

وإن كذَّبه المكاتبُ في النَّسَبِ: لم يَثبُتْ.

قال: (وعليه عُقرُها)؛ لأنه لا يتقدَّمُه الملكُ؛ لأن ما لَه من الحقِّ: كافٍ لصحةِ الاستيلاد؛ لِمَا نذكرُه.

قال: (وقيمةُ ولدِها)؛ لأنه في معنىٰ المَغْرور، حيث إنه اعتمد دليلاً، وهو أنه كَسْبُ كَسْبِه، فلم يَرْضَ برِقِّه، فيكون حراً بالقيمة، ثابتَ النسب منه.

قال: (ولا تصيرُ الجاريةُ أمَّ ولدٍ له)؛ لأنه لا مِلْكَ له فيها حقيقةً، كما في ولد المغرور.

قال: (وإن كذَّبه المكاتبُ في النَّسَبِ: لم يَثبُتْ)؛ لِمَا بيَّنَّا أنه لا بدَّ له من تصديقِه.

فلو مَلَكَه يوماً: ثَبَتَ نسبُه منه؛ لقيامِ الموجِبِ، وزوالِ حَقِّ المكاتَب، إذْ هو المانعُ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

كتاب الأَيْمَان

الأَيْمانُ علىٰ ثلاثةِ أَضْرُبٍ : اليمينُ الغَمُوس، ويمينٌ منعقِدةٌ، ويمينٌ لَغْوٌ.

فالغَمُوسُ : هو الحَلِفُ علىٰ أمرٍ ماضٍ يَتَعَمَّدُ الكذبَ فيه.

فهذه اليمينُ يأثَمُ فيها صاحبُها، ولا كفارةَ فيها إلا التوبةُ والاستغفارُ.

كتاب الأَيْمَان

قال: (الأَيْمانُ علىٰ ثلاثةِ أَضْرُبٍ: اليمينُ الغَمُوس، ويمينٌ منعقِدةٌ، ويمينٌ لَغْوٌ.

فالغَمُوسُ: هو الحَلِفُ علىٰ أمرٍ ماضٍ يَتَعَمَّدُ الكذبَ فيه.

فهذه اليمينُ يأثَمُ فيها صاحبُها).

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن حَلَفَ كاذباً: أدخله اللهُ النارَ»[1].

(ولا كفارةَ فيها إلا التوبةُ والاستغفارُ).

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: فيها الكفارةُ، لأنها شُرِعَتْ لدَفْع[3] ذَنْبِ هَتْكِ حُرْمةِ اسمِ الله تعالىٰ، وقد تحقَّقَ بالاستشهاد بالله كاذباً، فأشبه المعقودةَ.

---

(١) قال في نصب الراية ٢٩٢/٣: غريبٌ بهذا اللفظ، وأما بلفظ: «إن هو حلف كاذباً: ليدخلنَّه اللهُ النارَ»: فهو عند الطبراني في الكبير (٦٣٨)، وينظر الدراية ٩٠/٢.

(٢) الإقناع ١٨٩/١.

(٣) وفي نُسَخ: لرفع. بالراء.

والمُنْعَقِدَةُ : هي الحلِفَ علىٰ أمرٍ في المستقبلِ أن يَفعَلَه، أو لا يَفعلَه، فإذا حَنِثَ في ذلك : لزِمَتْه الكفارةُ.

ويمينُ اللَّغْوِ : أن يحلِفَ علىٰ أمرٍ ماضٍ، وهو يَظُنُّ أن الأمرَ كما قال، والأمرُ بخلافِه، فهذه اليمينُ نرجو أن لا يؤاخِذَ اللهُ بها صاحبَها.

ولنا: أنها كبيرةٌ مَحْضةٌ، والكفارةُ عبادةٌ، حتىٰ تتأدَّىٰ بالصوم، وتُشترَطُ فيها النية، فلا تُناطُ بها.

بخلاف المعقودَةِ؛ لأنها مباحةٌ، ولو كان فيها ذنبٌ: فهو متأخِّرٌ متعلِّقٌ باختيارٍ مبتَدأٍ، وما في الغموس ملازِمٌ، فيمتنعُ الإلحاقُ.

قال: (والمُنْعَقِدَةُ: هي الحلِفُ[1] علىٰ أمرٍ في المستقبلِ أن يَفعلَه، أو لا يَفعلَه، فإذا حَنِثَ في ذلك: لزِمَتْه الكفارةُ).

لقوله تعالىٰ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾. المائدة/٨٩، وهو ما ذكَرْنا[2].

قال: (ويمينُ اللَّغْوِ: أن يحلِفَ علىٰ أمرٍ ماضٍ، وهو يَظُنُّ أن الأمرَ كما قال، والأمرُ بخلافِه، فهذه اليمينُ نرجو أن لا يؤاخِذَ اللهُ بها صاحبَها).

ومن اللغو: أن يقولَ: واللهِ إنه لزَيْدٌ، وهو يَظُنُّه زيداً، وإنما هو عَمرٌو.

والأصلُ فيه: قولُه تعالىٰ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم ...﴾. الآيةَ. المائدة/٨٩.

---

(١) وفي نُسخ: ما يحلف.

(٢) أي المراد من هذه الآية ما ذكرنا من تعريف اليمين المنعقدة، فهذا المراد هو حقيقة ما نُصَّ عليه في الآية. ينظر البناية ٨/ ١٥٠ بتصرف.

والقاصِدُ في اليمينِ، والمُكْرَهُ، والنَّاسي : سواءٌ.

ومَن فَعَلَ المَحلوفَ عليه مُكْرَهاً، أو ناسياً : فهو سواءٌ.

إلا أنه علَّقَه بالرَّجاء؛ للاختلاف في تفسيره.

قال: (والقاصِدُ في اليمينِ، والمُكْرَهُ، والنَّاسي: سواءٌ)، حتىٰ تجبُ الكفارةُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ، وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النكاحُ، والطلاقُ، واليمينُ»[1].

والشافعي[2] رحمه الله يخالفُنا في ذلك، وسنُبيِّنُ ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ومَن فَعَلَ المَحلوفَ عليه مُكْرَهاً، أو ناسياً: فهو سواءٌ)؛ لأن الفعلَ الحقيقيَّ لا ينعدِمُ بالإكراه، وهو الشرطُ.

وكذا إذا فَعَلَه وهو مُغْمَىً عليه، أو مجنونٌ؛ لتحقُّقِ الشرطِ حقيقةً.

ولو كانت الحكمةُ رفْعَ الذنب: فالحُكمُ يُدارُ علىٰ دليله، وهو الحِنْثُ، لا علىٰ حقيقة الذنب، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) بلفظ: اليمين: غريبٌ لا يوجد، وهو مكان الشاهد في الاستدلال، وقد جاء بلفظ: الرجعة: بدل: اليمين: في سنن أبي داود (٢١٩٤)، سنن الترمذي (١١٨٤)، وقال: حسن غريب، ينظر البدر المنير ١٩/٥٣٣، الدراية ٢/٩٠، وينظر ما استدل به ابن الهمام في فتح القدير ٤/٣٥٢ من أثرٍ لعمر وعلي رضي الله عنهما.

(٢) المهذب ٣/٩٤.

باب
ما يكون يميناً، وما لا يكون يميناً

واليمينُ: بالله تعالىٰ، أو باسمٍ آخَرَ من أسماءِ الله تعالىٰ، كالرحمن، والرحيمِ، أو بصفةٍ من صفاتِه التي يُحلَفُ بها عُرْفاً، كعِزَّة الله، وجلالِه، وكبريائه، إلا قولَه: وعِلْمِ الله: فإنه لا يكون يميناً.

باب
ما يكون يميناً، وما لا يكون يميناً

قال: (واليمينُ: بالله تعالىٰ، أو باسمٍ آخَرَ من أسماءِ الله تعالىٰ، كالرحمن، والرحيمِ، أو بصفةٍ من صفاتِه التي يُحلَفُ بها عُرْفاً، كعِزَّة الله، وجلالِه، وكبريائه)؛ لأن الحَلِفَ بها متعارَفٌ.

ومعنىٰ اليمين، وهو القوةُ: حاصِلٌ؛ لأنه يَعتقِدُ تعظيمَ اللهِ وصفاتِه، فصَلَحَ ذِكْرُه حامِلاً، ومانعاً[1].

قال: (إلا قولَه: وعِلْمِ الله: فإنه لا يكون يميناً[2])؛ لأنه غيرُ متعارَفٍ.

ولأنه يُذكَرُ ويُرادُ به المعلومُ، يُقال: اللهمَّ اغفِرْ علمَكَ فينا، أي معلومَكَ.

---

(١) أي حاملاً علىٰ اليمين، ومانعاً عنه.

(٢) في بداية المبتدي ص٣١٨: لا يكون يميناً إلا أن ينويَ صفةَ الله تعالىٰ.

ولو قال : وغضبِ اللهِ، وسُخْطِهِ : لم يكن حالفاً .

ومَن حَلَفَ بغير الله : لم يكنْ حالِفاً، كالنبيِّ، والكعبةِ، وكذا إذا حَلَفَ بالقرآن .

والحَلِفُ : بحروفِ القسم، وحروفُ القسم : الواوُ، كقوله : واللهِ، والباءُ : كقوله : بالله، والتاءُ، كقوله : تاللهِ .

قال: (ولو قال: وغضبِ اللهِ، وسُخْطِهِ: لم يكن حالفاً).

وكذا: ورحمةِ الله؛ لأن الحَلِفَ بها غيرُ متعارَفٍ.

ولأن الرحمةَ قد تُذكَرُ ويُرادُ بها أثرُها، وهو المطرُ، أو الجَنَّةُ.

والغضبُ والسَّخَطُ يُرادُ بهما العقوبةُ.

قال: (ومَن حَلَفَ بغير الله: لم يكنْ حالِفاً، كالنبيِّ، والكعبةِ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن كان منكم حالفاً: فليَحلِفْ بالله، أو ليَذَرْ»[1].

قال: (وكذا إذا حَلَفَ بالقرآن)؛ لأنه غيرُ متعارَفٍ.

قال رضي الله عنه: معناه: أن يقولَ: والنبيِّ، والقرآنِ، أمَّا لو قال: أنا بريءٌ منهما[2]: يكونُ يميناً؛ لأن التبرُّؤَ منهما كفرٌ.

قال: (والحَلِفُ: بحروفِ[3] القَسَم.

وحروفُ القَسَم: الواوُ، كقوله: واللهِ، والباءُ: كقوله: بالله، والتاءُ، كقوله: تاللهِ)؛ لأن كلَّ ذلك معهودٌ في الأيمان، ومذكورٌ في القرآن.

---

(١) صحيح البخاري (٢٦٧٩)، صحيح مسلم (١٦٤٦).

(٢) وفي نُسخ: منه.

(٣) وفي نُسخ: بحرف. بالإفراد.

وقد يُضمَرُ حَرْفُ القسمِ، فيكونُ حالِفاً، كقوله : اللهِ لا أفعلُ كذا.

وقال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قال : وحَقِّ اللهِ : فليس بحالفٍ.

قال: (وقد يُضمَرُ حَرْفُ القسمِ، فيكونُ حالِفاً، كقوله: اللهِ لا أفعلُ كذا)؛ لأن حَذْفَ الحرفِ من عادةِ العرب؛ إيجازاً.

ثم قيل: يُنصَبُ لانتزاعِ حرفِ الخافض[1]، وقيل: يُخفَضُ، فتكونُ الكسرةُ دلالةً علىٰ المحذوفة.

وكذا إذا قال: للهِ، في المختار؛ لأنَّ الباءَ تُبدَلُ بها[2]، قال الله تعالىٰ: ﴿ ءَامَنتُمْ لَهُۥ ﴾. طه/ ٧١، أي آمنتُم به.

قال: (وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال: وحَقِّ اللهِ: فليس بحالفٍ).

وهو قولُ محمدٍ رحمه الله، وإحدىٰ الروايتَيْن عن أبي يوسف رحمه الله.

وعنه[3] روايةٌ أخرىٰ: أنه يكونُ يميناً؛ لأن الحَقَّ من صفات الله تعالىٰ، وهو حَقِّيَّتُه، فصار كأنه قال: واللهِ الحَقِّ، والحَلِفُ به متعارَفٌ.

ولهما: أنه يُرادُ به طاعةُ الله تعالىٰ، إذِ الطاعات حقوقُه، فيكون حَلِفاً بغير الله.

قالوا[4]: لو قال: والحَقِّ: يكون يميناً.

---

(١) وفي نُسخ: حرفٍ خافضٍ.

(٢) أي اللام.

(٣) أي عن أبي يوسف رحمه الله. البناية ٨/ ١٦٤.

(٤) أي أصحابُنا كلهم. البناية ٨/ ١٦٤.

ولو قال: أُقسِمُ، أو: أُقسِم بالله، أو: أَحْلِفُ، أو: أحْلِفُ بالله، أو: أشهدُ، أو: أشهدُ بالله: فهو حالِفٌ.

ولو قال: حقاً: لا يكون يميناً؛ لأن الحَقَّ من أسماء الله تعالىٰ، والمنكَّرُ يُرادُ به تحقيقُ الوعد.

قال: (ولو قال: أُقسِمُ، أو: أُقسِم بالله، أو: أَحْلِفُ، أو: أحلِفُ بالله، أو: أشهدُ، أو: أشهدُ بالله: فهو حالِفٌ)؛ لأن هذه الألفاظَ مستعمَلَةٌ في الحلف، وهذه الصيغةُ للحال حقيقةٌ[١]، وتُستعملُ للاستقبال بقرينةٍ، فجُعل حالفاً في الحال.

والشهادةُ: يمينٌ، قال الله تعالىٰ: ﴿قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾. المنافقون/١، ثم قال: ﴿ٱتَّخَذُوٓا۟ أَيْمَـٰنَهُمْ جُنَّةً﴾. المنافقون/٢.

والحَلِفُ بالله: هو المعهودُ المشروعُ، وبغيره: محظورٌ، فصُرِفَ إليه.

ولهذا قيل: لا يُحتاج إلىٰ النية[٢]، وقيل: لا بدَّ منها[٣]؛ لاحتمالِ العِدَةِ[٤] واليمينِ بغيرِ الله[٥].

---

(١) وضُبطت في نُسخ بالنصب: حقيقةً.

(٢) أي في قوله: أحلف، أو أشهد، أو أُقسم، حيث لم يذكر اسمَ الله. وفي حاشية سعدي علىٰ الهداية: كَتَبَ: وهو الصحيح.

(٣) أي من النية.

(٤) أي الوعد؛ لأن اللفظ يحتملُ الاستقبالَ والوعدَ، كما يحتمل الحلفَ بغير الله، فيكون التقدير: سأحلف، أو سأشهد، أو سأُقسِم، أو سأحلفُ بغير الله.

(٥) فلا تتعين اليمينُ إلا بالنية.

وكذا قولُه : لعَمْرُ الله، وايْمُ اللهِ : يكون يميناً.

وكذا قولُه : وعهدِ الله، وميثاقِه.

ولو قال بالفارسية: سَوْكَنْدَمِيْ خُوْرَمْ بَخُدَاي[١]: يكون يميناً؛ لأنه للحال.

ولو قال: سَوْكَنْدَ خُوْرَم[٢]: قيل: لا يكونُ يميناً.

ولو قال بالفارسية: سَوْكَنْدَ خُوْرَم بطلاق زَنَمْ[٣]: لا يكون يميناً؛ لعدم التعارف.

قال: (وكذا قولُه: لعَمْرُ الله، وايْمُ[٤] اللهِ: يكون يميناً)؛ لأن عَمْرَ الله: معناه: بقاءُ الله، وايْمُ الله: معناه: أيمُنُ الله، وهو جَمْعُ: يمينٍ، وقيل: معناه: والله.

و: أيْمُ[٥]: صِلَةٌ[٦]، كالواو.

والحَلِفُ باللفظَيْن: مُتعارَفٌ.

قال: (وكذا قولُه: وعهدِ الله، وميثاقِه)؛ لأن العهدَ يمينٌ، قال الله تعالىٰ: ﴿ وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ ﴾. النحل/٩١، والميثاقُ: عبارةٌ عن العهد.

---

(١) معنىٰ هذه الجملة بالعربية: أحلف بالله. البناية ٨/١٦٧.

(٢) هذا اللفظ يفيد الاستقبال، أي سأحلف؛ ولذا لا يكون يميناً.

(٣) معناه: أحلف بطلاق امرأتي لا أفعل كذا.

(٤) تسقط الهمزة عند الدرج للتخفيف في القسم: وَايْمُ. البناية ٨/١٦٨.

(٥) و: أيْمُ: بضم الميم، لا بالتنوين.

(٦) أي صلةٌ وُضعت للقسم، أي زائدةٌ.

وكذا إذا قال: عليَّ نَذْرٌ، أو نَذْرُ اللهِ.

وإن قال: إن فعلتُ كذا فهو يهوديٌّ أو نصرانيٌّ أو كافرٌ: يكونُ يميناً.

ولو قال ذلك لشيءٍ قد فَعَلَه: فهو الغموسُ، ولا يَكْفُرُ؛ اعتباراً بالمستقبل.

قال: (وكذا إذا قال: عليَّ نَذْرٌ، أو نَذْرُ اللهِ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن نَذَرَ نذراً، ولم يُسمِّ: فعليه كفارةُ يمين»[١].

قال: (وإن قال: إن فعلتُ كذا فهو يهوديٌّ أو نصرانيٌّ أو كافرٌ: يكونُ يميناً)؛ لأنه لَمَّا جَعَلَ الشرطَ عَلَماً علىٰ الكفر: فقد اعتقده واجبَ الامتناع، وقد أمكن القولُ بوجوبه لغيره، بجَعْلِه يميناً، كما نقولُ في تحريم الحلال[٢].

قال: (ولو قال ذلك لشيءٍ قد فَعَلَه: فهو الغموسُ، ولا يكْفُرُ[٣]؛ اعتباراً بالمستقبل).

وقيل: يكفُرُ؛ لأنه تنجيزٌ معنىً، فصار كما إذا قال: هو يهوديٌّ.

والصحيحُ أنه لا يكفُرُ فيهما إن كان يَعلَمُ أنه يمينٌ.

وإن كان عنده[٤] أنه يكْفُرُ بالحلف: يكفُرُ فيهما؛ لأنه رضِيَ بالكفر؛

---

(١) سنن أبي داود (٣٣١٥)، سنن ابن ماجه (٢١٢٨)، سنن الترمذي (١٥٢٨)، وقال: حسن صحيح، الدراية ٢/٩١.

(٢) بأن قال: كلُّ حِلٍّ عليَّ حرامٌ.

(٣) وضبطت في نُسخ: يُكَفَّرُ. بالتشديد.

(٤) أي الحالف.

ولو قال : إن فعلتُ كذا فعليَّ غضبُ الله ، أو سَخَطُ الله : فليس بحالفٍ .

وكذا إذا قال : إن فعلتُ كذا فهو زانٍ ، أو سارقٌ ، أو شاربُ خمرٍ ، أو آكلُ رباً : فليس بحالف .

حيثُ أقدَمَ علىٰ الفعل.

قال: (ولو قال: إن فعلتُ كذا فعليه[1] غضبُ الله، أو سَخَطُ الله: فليس بحالفٍ)؛ لأنه دعاءٌ علىٰ نفسه، ولا يتعلَّقُ ذلك بالشرط.

ولأنه غيرُ متعارَفٍ.

قال: (وكذا إذا قال: إن فعلتُ كذا فهو[2] زانٍ، أو سارقٌ، أو شاربُ خمرٍ، أو آكلُ رباً: فليس بحالفٍ)؛ لأنَّ حُرْمةَ هذه الأشياء تحتمِلُ النَّسْخَ والتبديلَ، فلم تكن في معنىٰ حُرْمةِ اسم الله تعالىٰ، ولأنه ليس بمُتَعارَفٍ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: فعليَّ.

(٢) وفي نُسَخٍ: فأنا.

فصلٌ

في كفارة اليمين

وكفَّارةُ اليمينِ : عِتْقُ رقبةٍ، يُجزِئُ فيها ما يُجزِئُ في الظِّهَار .

وإن شاء كَسَا عشرةَ مساكينَ، كلَّ واحدٍ ثوباً، فما زاد، وأدناه : ما تجوزُ فيه الصلاةُ .

وإن شاءَ أطعمَ عشرةَ مساكينَ، كالإطعام في كفارةِ الظهار .

فإن لم يَقدِرْ علىٰ أحدِ الأشياءِ الثلاثةِ : صام ثلاثةَ أيامٍ متتابعاتٍ .

فصلٌ

في كفارة اليمين

قال: (وكفَّارةُ اليمينِ: عِتْقُ رقبةٍ، يُجزِئُ فيها ما يُجزِئُ في الظِّهَار.

وإن شاء كَسَا عشرةَ مساكينَ، كلَّ واحدٍ ثوباً، فما زاد.

وأدناه: ما تجوزُ فيه الصلاةُ.

وإن شاءَ أطعمَ عشرةَ مساكينَ، كالإطعام في كفارةِ الظهار).

والأصلُ فيه: قولُه تعالىٰ: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطۡعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾. الآية. المائدة/٨٩.

وكلمةُ: أو: للتخيير، فكان الواجبُ فيه أحدَ الأشياءِ الثلاثة.

قال: (**فإن لم يَقدِرْ علىٰ أحدِ الأشياءِ الثلاثةِ: صام ثلاثةَ أيامٍ متتابعاتٍ**).

. . . .

وقال الشافعيُّ رحمه الله: يُخيَّرُ[١]؛ لإطلاق النص.

ولنا: قراءةُ ابنِ مسعود رضي الله عنه: فصيامُ ثلاثةِ أيامٍ متتابعاتٍ[٢].

وهي[٣] كالخبر المشهور[٤].

ثم المذكورُ في «الكتاب[٥]» في بيان أدنىٰ الكسوة: مرويٌّ عن محمدٍ رحمه الله.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: أن أدناه: ما يَسترُ عامةَ بدنه، حتىٰ لا يجوزُ السراويلُ، وهو الصحيحُ؛ لأن لابسَه يسمىٰ عُرياناً في العُرف.

لكنْ ما لا يجزئه عن الكسوة: يجزِئُه عن الطعام؛ باعتبار القيمة[٦].

---

(١) يعني إن شاء فرّق صيامها، وإن شاء تابع. مغني المحتاج ٣٢٨/٤.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (١٢٣٦٦)، مصنف عبد الرزاق (١٦١٠٢)، وهي قراءة أُبيٍّ بن كعب أيضاً، الدراية ٩١/٢، وفي المبسوط للسرخسي ٧٥/٣: وكانت هذه القراءة مشهورة إلىٰ زمن أبي حنيفة رحمه الله، حتىٰ كان سليمان الأعمش يقرأ خَتْماً بحرف ابن مسعود، وخَتْماً من مصحف عثمان. اهـ، وفي بدائع الصنائع ٧٦/٢: ولم يخالفه أحدٌ من الصحابة في ذلك، فصار كالمتلوِّ في حق العمل. اهـ

وعن خبر الأعمش قال ابن الجزري في غاية النهاية ٢٦٢/١: وكان الأعمش يجوِّد حرفَ ابن مسعود. اهـ

(٣) أي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه.

(٤) وتجوز الزيادة علىٰ النص بالمشهور. البناية ١٨٣/٨.

(٥) مختصر القدوري ص٣٢١، كما قال الأترازي، أما الكاكي فقال: المراد كتاب المبسوط أي الأصل، للإمام محمد رحمه الله. ينظر البناية ١٨٤/٨.

(٦) يعني لو أعطاه ثوباً لا يجزئه عن الكسوة، مثل سراويل، أو نصف ثوب:=

وإن قدَّم الكَفَّارةَ علىٰ الحِنْثِ : لم تُجْزِه .

ومَن حلف علىٰ معصيةٍ، مثلَ أن لا يُصلِّيَ، أو لا يُكلِّمَ أباه، أو ليَقتلنَّ فلاناً : ينبغي أن يُحنِّثَ نفسَه، ويُكفِّرَ عن يمينِه .

قال: (وإن قدَّم الكَفَّارةَ علىٰ الحِنْثِ: لم تُجْزِه).

وقال الشافعي[1] رحمه الله: يُجزئه بالمال؛ لأنه أدَّاها بعد السبب، وهو اليمينُ، فأشبه التكفيرَ بعد الجَرْح.

ولنا: أن الكفارةَ لسَتْر الجناية، ولا جنايةَ ها هنا.

واليمينُ ليست بسببٍ؛ لأنه[2] مانعٌ، غيرُ مُفْضٍ[3]، بخلاف الجَرح؛ لأنه مُفْضٍ[4].

ثم لا يُستَرَدُّ من المسكين؛ لوقوعه صدقةً.

قال: (ومَن حلف علىٰ معصيةٍ، مثلَ[5] أن لا يُصلِّيَ، أو لا يُكلِّمَ أباه، أو ليَقتلنَّ فلاناً: ينبغي[6] أن يُحنِّثَ نفسَه[7]، ويُكفِّرَ عن يمينِه).

يجزئه عن الإطعام إذا بلغت قيمتُه نصف صاعٍ من بُرٍّ. البناية ٨/١٨٥.

(١) اللباب في الفقه الشافعي ١/٤٠٣.

(٢) أي اليمين، وإنما ذكَّر الضمير باعتبار المذكور، أو باعتبار ظاهر اللفظ.

(٣) أي إلىٰ الحكم، والسبب: ما يكون مفضياً.

(٤) إلىٰ زهوق الرُّوح.

(٥) وضُبطت في نُسخ بالضم: مثلُ.

(٦) أي يجب عليه. فتح القدير ٤/٣٧٠، الدر المختار ١١/٢٩٧.

(٧) أي يكلِّم أباه، ويصلي، ويعزم علىٰ ترك القتل. الجوهرة النيرة ٦/٢٠.

وإذا حلف الكافرُ، ثم حَنِثَ في حالِ الكفرِ، أو بعد إسلامِه : فلا حِنْثَ عليه .

مَن حَرَّم علىٰ نفسِه شيئاً مما يَملِكُه : لم يَصِرْ مُحرَّماً، وعليه إن استباحه : كفارةُ يمينٍ.

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن حَلَفَ علىٰ يمينٍ، ورأىٰ غيرَها خيراً منها: فليأتِ بالذي هو خيرٌ، ثم ليكفِّر عن يمينه»[(١)].

ولأن فيما قلناه تفويتَ البِرِّ إلىٰ جابرٍ، وهو الكفارةُ، ولا جابرَ للمعصية في ضدِّه.

قال: (وإذا حلف الكافرُ، ثم حَنِثَ في حالِ الكفرِ، أو بعد إسلامِه: فلا حِنْثَ عليه)؛ لأنه ليس بأهلٍ لليمين؛ لأنها تُعقَدُ لتعظيم الله تعالىٰ، ومع الكفر: لا يكون معظِّماً، ولا هو أهلٌ للكفارة؛ لأنها عبادة.

قال: (ومَن حَرَّم علىٰ نفسِه شيئاً مما يَملِكُه: لم يَصِرْ مُحرَّماً، وعليه إن استباحه[(٢)]: كفارةُ يمينٍ).

وقال الشافعيُّ[(٣)] رحمه الله: لا كفارةَ عليه؛ لأنَّ تحريمَ الحلالِ: قَلْبُ المشروع، فلا يَنعقدُ به تصرُّفٌ مشروعٌ، وهو اليمينُ.

ولنا: أن اللفظُ يُنبِئُ عن إثبات الحُرْمة، وقد أمكن إعمالُه[(٤)] بثبوت

---

(١) صحيح مسلم (١٦٥٠).

(٢) أي بأن يُعامله معاملة المباح، بأن أكل الطعام، أو لبس الثوب، وهكذا.

(٣) الحاوي الكبير ١٠/١٨٥.

(٤) أي إعمال اللفظ.

ولو قال: كلُّ حِلٍّ عليَّ حرامٌ: فهو علىٰ الطعام والشراب، إلا أن ينويَ غيرَ ذلك.

حُرْمةٍ لغيره[١] بإثبات موجَبِ اليمين[٢]، فيُصار إليه.

ثم إذا فَعَلَ شيئاً مما حرَّمه علىٰ نفسه، قليلاً كان أو كثيراً: حَنِثَ، ووَجَبَتِ الكفارةُ، وهو المَعنيُّ من الاستباحةِ المذكورةِ؛ لأن التحريمَ إذا ثبت: تناوَلَ كلَّ جزءٍ منه[٣].

قال: (ولو قال: كلُّ حِلٍّ عليَّ حرامٌ: فهو علىٰ الطعام والشراب، إلا أن ينويَ غيرَ ذلك).

والقياسُ: أن يَحنَثَ كما فَرَغَ؛ لأنه باشَرَ فعلاً مباحاً، وهو التنفُّسُ ونحوُه، وهذا قولُ زفر رحمه الله.

وجهُ الاستحسان: أن المقصودَ، وهو البِرُّ لا يتحصَّلُ مع اعتبار العموم، وإذا سقط اعتبارُه: ينصرفُ إلىٰ الطعام والشراب؛ للعُرف، فإنه يُستعمَلُ فيما يُتناوَلُ عادةً، ولا يَتناولُ المرأةَ إلا بالنية؛ لإسقاط اعتبار العموم.

وإذا نواها: كان إيلاءً.

ولا تُصرَفُ اليمينُ عن المأكول والمشروب[٤]، وهذا كلُّه جوابُ ظاهرِ الرواية.

---

(١) أي بغير اللفظ.

(٢) وهو الكفارة.

(٣) أي مما حرَّمه.

(٤) حتىٰ إذا أكل أو شرب: حنث.

ومَن نَذَرَ نَذْراً مطلَقاً : فعليه الوفاءُ به .

وإن عَلَّق النذرَ بشَرْطٍ، فوُجِدَ الشرطُ : فعليه الوفاءُ بنفس النذر .

ومشايخُنا[(١)] رحمهم الله قالوا: يقع به الطلاقُ من غير نيةٍ؛ لغلبة الاستعمال، وعليه الفتوىٰ.

وكذا ينبغي[(٢)] في قوله: حلالٌ بَرْوَيْ حرامٌ؛ للعُرف.

واختلفوا[(٣)] في قوله: هَرْجِهْ بَرْدَسْتْ رَاسْتْ كِيْرَم بَرْوَي حرامٌ[(٤)]: أنه هل تُشترطُ النيةُ؟

والأظهر أنه يُجعلُ طلاقاً من غير نيةٍ؛ للعُرف.

قال: (ومَن نَذَرَ نَذْراً مطلَقاً: فعليه الوفاءُ به)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن نَذَرَ نَذْراً، وسمَّىٰ: فعليه الوفاءُ بما سمَّىٰ»[(٥)].

قال: (وإن عَلَّق النذرَ بشَرْطٍ، فوُجِدَ الشرطُ: فعليه الوفاءُ بنفس النذر)؛ لإطلاق الحديث.

---

(١) أراد بهم مشايخَ بلخ، كأبي بكر الإسكاف. البناية ٨/١٩٢.

(٢) أي ينبغي أن يقع الطلاق بلا نية في قوله بالفارسية: حلالٌ بَرْوَيْ حرام: ومعناه: حلالٌ عليَّ حرامٌ. وينظر البناية ٨/١٩٢.

(٣) أي مشايخ الحنفية.

(٤) هذه الجملة بالفارسية، ومعناها: كلُّ شيءٍ بيدي اليمين حرامٌ عليَّ.

(٥) قال في الدراية ٢/٩٢: لم أجده، وفي وجوب الوفاء بالنذر أحاديث في الصحيحين، وينظر البناية ٨/١٩٣.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه رجع عنه، وقال: إذا قال: إن فعلتُ كذا فعليَّ حَجَّةٌ، أو صَوْمُ سَنَةٍ، أو صدقةُ مالٍ أملِكُه: أجزأه عن ذلك كفارةُ يمينٍ، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله.

ومَن حلف علىٰ يمينٍ، وقال: إن شاء الله، متصلاً بيمينه: فلا حِنْثَ عليه.

ولأنَّ المعلَّقَ بشرطٍ: كالمنجَّز عنده[1].

قال: (وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه رجع عنه[2]، وقال: إذا قال: إن فعلتُ كذا فعليَّ حَجَّةٌ، أو صَوْمُ سَنَةٍ، أو صدقةُ مالٍ أملِكُه[3]: أجزأه عن ذلك كفارةُ يمينٍ، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله).

ويَخرجُ عن العُهدة بالوفاء بما سمَّىٰ أيضاً.

وهذا كلُّه إذا كان شرطاً لا يريدُ كونَه؛ لأنَّ فيه معنىٰ اليمين، وهو المَنْع، وهو بظاهره نذرٌ، فيُخيَّرُ، ويَميلُ إلىٰ أيِّ الجهتين شاء.

بخلاف ما إذا كان شرطاً يريدُ كونَه؛ كقوله: إن شفىٰ الله مريضي؛ لانعدام معنىٰ اليمين فيه، وهو المنعُ، وهذا التفصيلُ هو الصحيح.

قال: (ومَن حلف علىٰ يمينٍ[4]، وقال: إن شاء الله، متصلاً بيمينه: فلا حِنْثَ عليه).

---

(١) أي عند وجود الشرط.

(٢) أي رجع عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلىٰ التخيير بين الكفارة والوفاء.

(٣) وفي نُسخ: صدقةُ ما أملكه، وفي أخرىٰ: صدقةُ مالٍ، أو صدقةُ ما أملكه.

(٤) وفي نُسخ: علىٰ شيء. ينظر البناية ٨/١٩٥.

. . . .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَن حَلَفَ علىٰ يمينٍ، وقال: إن شاء الله: فقد بَرَّ في يمينه»[(١)].

إلا أنه لا بدَّ من الاتصال: لأنه بعد الفراغِ: رجوعٌ، ولا رجوعَ في اليمين، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) قال في الدراية ٢/ ٩٢: لم أجده، وبلفظ قريب في سنن الترمذي (١٥٣١)، وقال: حديثٌ حسنٌ، وصححه ابن حبان (٤٣٣٩)، الدراية.

باب
اليمين في الدخول والسُّكْنىٰ

ومَن حَلَفَ لا يدخلُ بيتاً، فدَخَلَ الكعبةَ، أو المسجدَ، أو البِيْعةَ، أو الكنيسةَ : لم يَحنَثْ، وكذا إذا دَخَلَ دِهْليزاً، أو ظُلَّةَ بابِ الدارِ.

وإن دخل صُفَّةً : حَنِثَ.

باب
اليمين في الدخول والسُّكْنىٰ

قال: (ومَن حَلَفَ لا يدخلُ بيتاً، فدَخَلَ الكعبةَ، أو المسجدَ، أو البِيْعةَ، أو الكنيسةَ: لم يَحنَثْ)؛ لأن البيتَ: ما أُعِدَّ للبَيْتوتة، وهذه البِقَاعُ ما بُنِيَتْ لها.

قال: (وكذا إذا دَخَلَ دِهْليزاً، أو ظُلَّةَ بابِ الدارِ)؛ لِمَا ذكرنا.

والظُّلَّةُ: ما تكونُ علىٰ السِّكَّة.

وقيل: إذا كان الدِّهْليزُ بحيث لو أُغلِق البابُ: يبقىٰ[1] داخلاً، وهو مسقَّفٌ: يحنثُ؛ لأنه يُباتُ فيه عادةً.

قال: (وإن دخل صُفَّةً: حَنِثَ)؛ لأنها تُبنَىٰ للبيتوتة فيها في بعض الأوقات، فصار كالشَّتَويِّ والصيفيِّ.

---

(١) وفي نُسخ: كان.

ومَن حَلَفَ لا يدخلُ داراً، فدَخَلَ داراً خَرِبَةً: لم يحنث.

ولو حلف لا يدخلُ هذه الدارَ، فدَخَلَها بعد ما انهدَمَتْ، وصارت صحراءَ: حَنِثَ.

ولو حَلَفَ لا يدخلُ هذه الدارَ، فخَرِبَتْ، ثم بُنِيتْ أخرىٰ، فدَخَلَها: يحنثُ.

وقيل: هذا إذا كانت الصُّفَّةُ ذاتَ حوائطَ أربعةٍ، وهكذا كانت صِفافُهم[١].

وقيل: الجوابُ مُجْرَىً علىٰ إطلاقِه، وهو الصحيح.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يدخلُ داراً، فدَخَلَ داراً خَرِبَةً: لم يحنث.

ولو حلف لا يدخلُ هذه الدارَ، فدَخَلَها بعد ما انهدَمَتْ، وصارت صحراءَ: حَنِثَ)؛ لأن الدارَ اسمٌ للعَرْصة عند العرب والعجمِ، يُقال: دارٌ عامرةٌ، ودارٌ غامرةٌ[٢]، وقد شَهِدَتْ أشعارُ العرب بذلك.

والبناءُ وَصْفٌ فيها، غيرَ أن الوصفَ في الحاضر: لغوٌ، وفي الغائب: معتبرٌ.

قال: (ولو حَلَفَ لا يدخلُ هذه الدارَ، فخَرِبَتْ، ثم بُنِيتْ أخرىٰ، فدَخَلَها: يَحنَثُ)؛ لِمَا ذكرنا أن اسمَ الدار[٣] باقٍ بعد الانهدام.

---

(١) جمع: صُفَّة، أي صِفاف أهل الكوفة. البناية ١٩٨/٨.

(٢) أي خربة.

(٣) وفي نسخ: الاسم.

وإن جُعِلَتْ مسجداً، أو حَمَّاماً، أو بستاناً، أو بُنِيَت بيتاً، فدَخَلَه: لم يَحنَثْ.

وكذا إذا دَخَلَها بعد انهدامِ الحَمَّام وأشباهِه.

وإن حلف لا يدخلُ هذا البيتَ، فدَخَلَه بعد ما انهدم، وصار صحراءَ: لم يَحنَثْ.

وكذا إذا بُنِيَ بيتاً آخَرَ، فدَخَلَه: لم يحنث.

قال: (وإن جُعِلَتْ مسجداً، أو حَمَّاماً، أو بستاناً، أو بُنِيَت بيتاً، فدَخَلَه[1]: لم يَحنَثْ)؛ لأنها[2] لم تَبْقَ داراً؛ لاعتراض اسمٍ آخَرَ عليها.

قال: (وكذا إذا دَخَلَها بعد انهدامِ الحَمَّام وأشباهِه)؛ لأنه لا يعودُ اسمُ الدارِيَّة[3].

قال: (وإن حلف لا يدخلُ هذا البيتَ، فدَخَلَه بعد ما انهدم، وصار صحراءَ: لم يَحنَثْ)؛ لزوال اسمِ البيت؛ لأنه لا يُبَاتُ فيه.

حتىٰ لو بَقِيَتِ الحيطانُ، وسَقَطَ السقفُ: يَحنَثُ؛ لأنه يُباتُ فيه، والسقفُ وَصْفٌ فيه.

قال: (وكذا إذا بُنِيَ بيتاً آخَرَ، فدَخَلَه: لم يحنث)؛ لأن الاسمَ لم يبقَ بعد الانهدام.

---

(١) أي دخل المسجد أو الحمَّام أو البستان أو البيت.

(٢) أي الدار التي حلف ألا يدخلها.

(٣) بتشديد الياء آخر الحروف، وفي نُسخ: الدارِ به، وفي أخرىٰ: الدار إليه.

ومَن حلف لا يدخلُ هذه الدارَ، فوَقَفَ علىٰ سَطْحِها : حَنِثَ.

وكذا إذا دخل دِهْليزَها : يحنث.

وإن وَقَفَ في طاقِ الباب، بحيث إذا أُغلِقَ البابُ كان خارجاً : لم يحنث.

ومَن حَلَفَ لا يدخلُ هذه الدارَ، وهو فيها : لم يحنثْ بالقعود، حتىٰ يخرجَ، ثم يدخُلَ؛ استحساناً.

قال: (ومَن حلف لا يدخلُ هذه الدارَ، فوَقَفَ علىٰ سَطْحِها: حَنِثَ)؛ لأن السطحَ من الدار، ألا ترىٰ أن المعتكِفَ لا يفسُدُ اعتكافُه بالخروج إلىٰ سطحِ المسجد.

وقيل: في عُرفنا: لا يحنث، وهو اختيارُ الفقيهِ أبي الليث رحمه الله.

قال: (وكذا إذا دخل دِهْليزَها: يحنث)، ويجب أن يكونَ علىٰ التفصيل الذي تقدَّم[1].

قال: (وإن وَقَفَ في طاقِ الباب، بحيث إذا أُغلِقَ البابُ كان خارجاً: لم يحنث)؛ لأن البابَ لإحراز الدارِ وما فيها، فلم يكنِ الخارجُ من الدار.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يدخلُ هذه الدارَ، وهو فيها: لم يحنثْ بالقعود، حتىٰ يخرجَ، ثم يدخُلَ؛ استحساناً).

والقياسُ: أن يحنَثَ؛ لأن الدوامَ: له حكمُ الابتداء.

---

(١) يعني إذا أُغلق الباب، ويبقىٰ داخلاً وهو مسقَّفٌ إلىٰ آخره.

ولو حلف لا يلبسُ هذا الثوبَ وهو لابسُه، فنَزَعَه في الحال : لم يحنث .

وكذا إذا حلف لا يَركبُ هذه الدابةَ وهو راكبُها، فنَزَلَ من ساعتِه .

أو حلف لا يَسكنُ هذه الدارَ وهو ساكنُها، فأخذ في النُّقْلة من ساعته : لم يحنث، فإن لَبِثَ علىٰ حالِه ساعةً : حنث .

وجهُ الاستحسان: أن الدخولَ لا دوامَ له؛ لأنه انفصالٌ من الخارج إلىٰ الداخل.

قال: (ولو حلف لا يلبسُ هذا الثوبَ وهو لابسُه، فنَزَعَه في الحال: لم يحنث.

وكذا إذا حلف لا يَركبُ هذه الدابةَ وهو راكبُها، فنَزَلَ من ساعتِه.

أو حلف لا يَسكنُ هذه الدارَ وهو ساكنُها، فأخذ في النُّقْلة من ساعته: لم يحنث).

وقال زفرُ رحمه الله: يحنثُ؛ لوجود الشرطِ وإن قلَّ.

ولنا: أن اليمينَ تُعقَدُ للبرِّ، فيُستثنىٰ منه زمانُ تحقيقِه.

قال: (فإن لَبِثَ علىٰ حالِه ساعةً: حنث)؛ لأن هذه الأفاعيلَ لها دوامٌ بحدوث أمثالِها، ألا يُرىٰ أنه يُضرَبُ لها مدةٌ، يُقالُ: ركبتُ يوماً، ولبستُ يوماً.

بخلاف الدخول؛ لأنه لا يُقال: دخلتُ يوماً، بمعنىٰ المدةِ والتوقيت.

ولو نوىٰ الابتداءَ الخالِصَ: يُصَدَّقُ؛ لأنه محتمَلُ كلامِه.

ومَن حلف لا يسكنُ هذه الدارَ، فخَرَجَ منها هو، ومتاعُه وأهلُه فيها، ولم يُرِدِ الرجوعَ إليها: حنث.

قال: (ومَن حلف لا يسكنُ هذه الدارَ، فخَرَجَ منها هو[1]، ومتاعُه وأهلُه فيها، ولم يُرِدِ الرجوعَ إليها: حنث).

لأنه يُعَدُّ ساكنَها[2] ببقاء أهلِه ومتاعِه فيها عُرْفاً، فإن السُّوْقِيَّ في عامةِ نهارِه في السوق، ويقولُ: أَسكنُ سِكَّةَ كذا.

والبيتُ، والمَحَلَّةُ: بمنزلة الدار.

ولو كان اليمينُ علىٰ المِصْر: لا يتوقَّفُ البرُّ علىٰ نَقْلِ المتاعِ والأهلِ، فيما رُوي عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه لا يُعَدُّ ساكناً في الذي انتقل عنه عُرفاً، بخلاف الأول.

والقريةُ: بمنزلة المِصر، في الصحيحِ من الجواب.

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله: لا بدَّ من نَقْلِ كلِّ المتاعِ، حتىٰ لو بقِيَ وَتِدٌ: يحنَثُ؛ لأن السكنىٰ قد ثبتت بالكل، فتبقىٰ[3]: ما بقِيَ شيءٌ منه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يُعتبر نَقْلُ الأكثر؛ لأن نَقْلَ الكلِّ قد يتعذَّر.

وقال محمدٌ رحمه الله: يُعتبرُ نَقْلُ ما يقوم به كَدْخُذائيَّته[4]؛ لأن ما

---

(١) وفي نُسخ: فخرج بنفسه.

(٢) وفي نُسخ: يُعَدُّ ساكناً.

(٣) أي السكنىٰ.

(٤) بالفارسية، والمعنىٰ: أثاث بيته. كما في الجوهرة النيرة ٦/٨٠ (بتحقيقي)، وينظر البناية ٨/٢٠٧.

. . . .

وراء ذلك: ليس من السكنىٰ.

قالوا[١]: هذا أحسنُ، وأرفقُ بالناس.

وينبغي أن يَنتقلَ إلىٰ منزلٍ آخرَ بلا تأخيرٍ؛ حتىٰ يَبَرَّ.

فإن انتقل إلىٰ السكَّة، أو إلىٰ المسجد: قالوا: لا يَبَرُّ.

دليلُه في «الزيادات[٢]»: أنَّ مَن خَرَجَ بعِياله من مصره، فما لم يتَّخِذْ وطناً آخَرَ: يبقىٰ وطنُه الأولُ في حقِّ الصلاة، كذا هذا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي قال المشايخُ في شروح الجامع الصغير. البناية ٨/٢٠٨.

(٢) أي دليلُه ما ذُكر في الزيادات للإمام محمد رحمه الله، في مسألة صلاة الذي خرج بعياله من مصره، التي ذكرها المصنِّف، فكذا هذه يُقاس عليها. ينظر شرح الزيادات لقاضي خان ١/٢٠٧، البناية ٨/٢٠٩.

باب

اليمين في الخروج والإتيان، والركوب، وغير ذلك

ومَن حَلَفَ لا يخرجُ من المسجد، فأَمَرَ إنساناً، فحَمَلَه، فأخرجه: حَنِثَ.

ولو أخرجه مُكْرَهاً: لم يَحنَثْ.

باب

اليمين في الخروج والإتيان والركوب، وغير ذلك

قال: (ومَن حَلَفَ لا يخرجُ من المسجد، فأَمَرَ إنساناً، فحَمَلَه، فأخرجه: حَنِثَ)؛ لأنَّ فِعْلَ المأمورِ مضافٌ إلىٰ الآمِرِ، فصار كما إذا رَكِبَ دابةً، فخَرَجَت به.

قال: (ولو أخرجه مُكْرَهاً: لم يَحنَثْ)؛ لأنَّ الفعلَ لم يَنتقلْ إليه؛ لعدم الأمر.

ولو حَمَلَه برضاه، لا بأَمْرِه: لا يحنثُ، في الصحيح؛ لأن الانتقالَ بالأمر، لا بمجرَّد الرضا.

ولو حَلَفَ لا يَخرجُ من دارِه إلا إلىٰ جنازةٍ، فخَرَجَ إليها، ثم أتىٰ حاجةً أخرىٰ : لم يَحنَثْ.

ولو حَلَفَ لا يَخرجُ إلىٰ مكةَ، فخرج يريدُها، ثم رَجَعَ : حنث.

ولو حلف لا يأتِيْها : لم يحنث حتىٰ يدخلَها.

ولو حَلَفَ لا يذهبُ إليها : قيل : هو كالإتيان، وقيل : هو كالخروج.

وإن حلف ليأتِيَنَّ البصرةَ، فلم يأتِها حتىٰ مات : حَنِثَ في آخرِ جزءٍ من أجزاء حياتِه.

قال: (ولو حَلَفَ لا يَخرجُ من دارِه إلا إلىٰ جنازةٍ، فخَرَجَ إليها، ثم أتىٰ حاجةً أخرىٰ: لم يَحنَثْ)؛ لأن الموجودَ خروجٌ مستثنىً، والمُضِيُّ بعد ذلك ليس بخروجٍ.

قال: (ولو حَلَفَ لا يَخرجُ إلىٰ مكةَ، فخرج يريدُها، ثم رَجَعَ: حنث)؛ لوجود الخروجِ علىٰ قَصْدِ مكةَ، وهو الشرطُ، إذِ الخروجُ هو الانفصالُ من الداخلِ إلىٰ الخارج.

قال: (ولو حلف لا يأتِيْها: لم يحنث حتىٰ يدخلَها)؛ لأنه عبارةٌ عن الوصول، قال الله تعالىٰ: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَآ﴾. الشعراء/١٦.

قال: (ولو حَلَفَ لا يذهبُ إليها: قيل: هو كالإتيان، وقيل: هو كالخروج)، وهو الأصحُّ؛ لأنه عبارةٌ عن الزوال.

قال: (وإن حلف ليأتِيَنَّ البصرةَ، فلم يأتِها حتىٰ مات: حَنِثَ في آخرِ جزءٍ من أجزاء حياتِه)؛ لأن البِرَّ قبلَ ذلك مَرْجُوٌّ.

ولو حلف ليأتِيَنَّه غداً إن استطاع : فهذا علىٰ استطاعةِ الصحة، دونَ القدرة.

وفسَّره في «الجامع الصغير»، فقال : إذا لم يَمرَضْ، ولم يَمنَعْه السلطانُ، ولم يَجِيءْ أمرٌ لا يَقدِرُ علىٰ إتيانه، فلم يأته : حنث.

وإن عَنَىٰ استطاعةَ القضاءِ : دُيِّنَ فيما بينَه وبين الله تعالىٰ.

قال: (ولو حلف ليأتِيَنَّه غداً إن استطاع: فهذا علىٰ استطاعةِ الصحة، دونَ القدرة.

وفسَّره في «الجامع الصغير[1]»، فقال: إذا لم يَمرَضْ، ولم يَمنَعْه السلطانُ، ولم يَجِيءْ أمرٌ لا يَقدِرُ علىٰ إتيانه، فلم يأته: حنث.

وإن عَنَىٰ استطاعةَ القضاءِ[2]: دُيِّنَ فيما بينَه وبين الله تعالىٰ).

وهذا لأن حقيقةَ الاستطاعة فيما يُقارِنُ الفعلَ.

ويُطلَقُ الاسمُ علىٰ سلامةِ الآلات، وصحةِ الأسباب في المتعارَف، فعند الإطلاق: يَنصرفُ إليه[3].

وتصحُّ نيةُ الأولِ[4] دِيانةً؛ لأنه نوىٰ حقيقةَ كلامِه، ثم قيل: وتصح قضاءً[5] أيضاً؛ لِمَا بيَّنَّا، وقيل: لا تصح؛ لأنه خلافُ الظاهر.

---

(١) ص١٣٨.

(٢) أي استطاعة قضاء الله وقَدَره، فلا يحنث أبداً. البناية ٢١٣/٨.

(٣) أي العرف.

(٤) وهو استطاعة الفعل.

(٥) أي تصح نية الاستطاعة قضاءً.

ومَن حَلَفَ لا تَخرجُ امرأتُه إلا بإذنه، فأَذِنَ لها مرَّةً، فخرجت، ثم خَرَجَتْ مرةً أخرىٰ بغير إذنه : حَنِثَ، ولا بدَّ من الإذن في كلِّ خروج .

ولو قال : إلا أنْ آذَنَ لكِ، فأَذِنَ لها مرَّةً واحدةً، فخرجت، ثم خَرَجَتْ بعدها بغير إذنِه : لم يحنَثْ.

ولو أرادتِ المرأةُ الخروجَ، فقال : إن خرجتِ فأنتِ طالقٌ، فجلستْ، ثم خرجت : لم يحنث.

قال: (ومَن حَلَفَ لا تَخرجُ امرأتُه إلا بإذنه، فأَذِنَ لها مرَّةً، فخرجت، ثم خَرَجَتْ مرةً أخرىٰ بغير إذنه: حَنِثَ، ولا بدَّ من الإذن في كلِّ خروج)؛ لأن المستثنىٰ خروجٌ مَقْرونٌ بالإذن، وما وراءَه داخلٌ في الحَظْر العامِّ[1].

ولو نوىٰ الإذنَ مرةً: يُصدَّقُ ديانةً، لا قضاءً؛ لأنه محتمَلُ كلامِه، لكنه خلافُ الظاهر.

قال: (ولو قال: إلا أنْ آذَنَ لكِ، فأَذِنَ لها مرَّةً واحدةً، فخرجت، ثم خَرَجَتْ بعدها بغير إذنه: لم يحنَثْ)؛ لأن هذه كلمةُ غايةٍ، فتنتهي اليمينُ به[2]، كما إذا قال: حتىٰ آذَنَ لكِ.

قال: (ولو أرادتِ المرأةُ الخروجَ، فقال: إن خرجتِ فأنتِ طالقٌ، فجلستْ، ثم خرجت: لم يحنث.

---

(١) لأن اليمين باقيةٌ.

(٢) أي بإذنه.

وكذلك إنْ أراد رجلٌ ضَرْبَ عبدِه، فقال له آخَرُ: إن ضربتَه فعبدي حرٌّ، فتَرَكَه، ثم ضَرَبَه.

ولو قال له رجلٌ: اجلِسْ فتَغَدَّ عندي، فقال: إن تغدَّيْتُ فعبدي حرٌّ، فرجع إلىٰ منزِله، فتغدَّىٰ: لم يحنَثْ.

ومَن حلف لا يركبُ دابةَ فلانٍ، فركب دابةَ عبدٍ مأذونٍ له، . . . .

وكذلك إنْ أراد رجلٌ ضَرْبَ عبدِه، فقال له آخَرُ: إن ضربتَه فعبدي حرٌّ، فتَرَكَه، ثم ضَرَبَه)، وهذه تُسمىٰ يمينَ فَوْرٍ[١].

وتفرَّد أبو حنيفة رحمه الله بإظهارها[٢].

ووجهُه[٣]: أن مرادَ المتكلِّم الردُّ عن تلك الضربةِ والخَرْجةِ عُرْفاً، ومبنىٰ الأَيمان عليه.

قال: (ولو قال له رجلٌ: اجلِسْ فتَغَدَّ عندي، فقال: إن تغدَّيْتُ فعبدي حرٌّ، فرجع إلىٰ منزِله، فتغدَّىٰ: لم يحنَثْ)؛ لأن كلامَه خَرَجَ مَخرَجَ الجواب، فينطبقُ علىٰ السؤال، فيَنصرِفُ إلىٰ الغَدَاءِ المَدْعُوِّ إليه.

بخلاف ما إذا قال: إن تغدَّيْتُ اليومَ؛ لأنه زاد علىٰ حَرْف الجواب، فيُجعل مُبتدِئاً[٤].

قال: (ومَن حلف لا يركبُ دابةَ فلانٍ، فركب دابةَ عبدٍ مأذونٍ له،

---

(١) أي يمين الحال.

(٢) أي لم يسبقه أحدٌ فيها. البناية ٨/٢١٥.

(٣) أي وجه هذا الكلام.

(٤) أي مبتدِئاً في الكلام، محترِزاً عن إلغاء الزيادة التي تكلم فيها. البناية ٨/٢١٦.

مديونٍ أو غيرِ مديونٍ: لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله.

مديونٍ أو غيرِ مديونٍ: لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله)، إلا أنه إذا كان عليه دَيْنٌ مستغرِقٌ: لا يحنثُ وإن نوىٰ؛ لأنه لا مِلْكَ للمولىٰ فيه عنده.

وإن كان الدَّيْنُ غيرَ مستغرِقٍ، أو لم يكن عليه دينٌ: لا يحنثُ ما لم يَنوِه؛ لأن الملكَ فيه للمولىٰ؛ لكنه يُضافُ إلىٰ العبد عُرْفاً، وكذا شرعاً.

قال عليه الصلاة والسلام: «مَن باع عبداً وله مالٌ: فمالُه لمولاه»[1]. الحديث، فتختَلُّ الإضافةُ إلىٰ المولىٰ[2]، فلا بدَّ من النية.

وقال أبو يوسف رحمه الله في الوجوه كلِّها: يحنثُ إذا نواه؛ لاختلال الإضافة.

وقال محمدٌ رحمه الله: يحنثُ وإن لم ينوِه؛ لاعتبار حقيقةِ الملكِ، إذِ الدَّيْنُ لا يمنعُ وقوعَه للسيد عندهما، والله أعلم وأحكم.

* * * * *

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، صحيح مسلم (١٥٤٣).

(٢) لأنه يُضاف إلىٰ المولىٰ، ويضاف إلىٰ العبد.

باب
اليمين في الأكلِ والشربِ

ومَن حَلَفَ لا يأكلُ من هذه النَّخْلة : فهو علىٰ ثَمَرِها .

وإن حَلَفَ لا يأكلُ مِن هذا البُسْر ، فصار رُطَباً، فأكَلَه : لم يحنث .

باب
اليمين في الأكلِ والشربِ

قال: (ومَن حَلَفَ لا يأكلُ من هذه النَّخْلة: فهو علىٰ ثَمَرِها)؛ لأنه أضاف اليمينَ إلىٰ ما لا يُؤكَلُ، فيَنصرفُ إلىٰ ما يَخرُجُ منه[1]، وهو الثمَرُ؛ لأنه سببٌ له، فيَصلُحُ مجازاً عنه.

لكنَّ الشَّرْطَ أن لا يتغيَّرَ[2] بصَنْعةٍ جديدةٍ، حتىٰ لا يحنثُ بالنبيذ، والخَلِّ، والدِّبْسِ المطبوخ.

قال: (وإن حَلَفَ لا يأكلُ مِن هذا البُسْر[3]، فصار رُطَباً، فأكَلَه: لم يحنث.

---

(١) الضمير في: منه، وفي: لأنه ـ الآتية ـ: يرجع إلىٰ قوله: ما يُؤكَل، وهو عبارة عن النخلة، لأن النخلة لَمَّا كانت سبباً لِمَا يخرج منها: فيصلح مجازاً عنه، والضمير في: عنه: يرجع إلىٰ فيما يَخرج. البناية ٢١٩/٨.

(٢) أي ثمر النخلة.

(٣) وهو ثمر النخل قبل أن يصير رُطباً.

وكذا إذا حَلَفَ لا يأكلُ من هذا الرُّطَبِ، أو من هذا اللَّبَنِ، فصار تمراً، أو صار اللبنُ شِيْرازاً.

ولو حلف لا يأكلُ لحمَ هذا الحَمَل، فأكَلَ بعدَ ما صار كَبْشاً: حنث.

وكذا إذا حَلَفَ لا يأكلُ من هذا الرُّطَبِ، أو من هذا اللَّبَنِ، فصار تمراً، أو صار اللبنُ شِيْرازاً[١])؛ لأن صفةَ البُسُورة والرُّطوبة داعيةٌ إلىٰ اليمين، وكذا صفة كونِه لبناً، فيتقيَّدُ به.

ولأن اللبَنَ مأكولٌ، فلا تنصرِفُ اليمينُ إلىٰ ما يُتَّخذُ منه.

بخلاف ما إذا حلف لا يكلِّمُ هذا الصبيَّ، أو هذا الشابَّ، فكلَّمَه بعد ما صار شيخاً: حنثَ؛ لأنَّ هِجرانَ المسلمِ بمَنْع الكلام منهيٌّ عنه[٢]، فلم يُعتبرِ الداعي داعياً في الشرع[٣].

ولأن صفةَ الصِّبَا داعيةٌ إلىٰ المَرْحَمة، لا إلىٰ الهجْران، فلا تُعتبر، وتتعلَّقُ اليمينُ بالإشارة[٤].

قال: (ولو حلف لا يأكلُ لحمَ هذا الحَمَل، فأكَلَ بعدَ ما صار كَبْشاً: حنث)؛ لأن صفةَ الصِّغَر في هذا: ليست بداعيةٍ إلىٰ اليمين، فإنَّ الممتنعَ عنه: أكثرُ امتناعاً عن لحم الكَبْش.

---

(١) أي رائباً.

(٢) ينظر صحيح البخاري (٦٠٧٧)، صحيح مسلم (٢٥٦٠).

(٣) أي الداعي إلىٰ هذه اليمين؛ لأن المهجور شرعاً: كالمهجور عادة.

(٤) أي في قوله: هذا الصبي. وأنبه هنا إلىٰ أن هذا الدليل في هذه الجملة هو: لأن صفة الصبا...: مثبتٌ في نسخة ٦٤٤هـ، و٦٨٩هـ.

ومَن حَلَفَ لا يأكلُ بُسْراً، فأكل رُطَباً: لم يحنث.

ومَن حَلَفَ لا يأكل رُطَباً، أو بُسْراً، أو حلف لا يأكلُ رُطَباً، ولا بُسْراً، فأكل مُذَنِّباً: حنث عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يحنثُ في الرُّطَب.

ولو حلف لا يشتري رُطَباً، فاشترىٰ كِبَاسَةَ بُسْرٍ فيها رُطَبٌ: لا يحنث.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يأكلُ بُسْراً، فأكل رُطَباً: لم يحنث)؛ لأنه ليس ببُسْرٍ.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يأكل رُطَباً، أو بُسْراً، أو حلف لا يأكلُ رُطَباً، ولا بُسْراً، فأكل مُذَنِّباً: حنث عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يحنثُ في الرُّطَب)، يعني بالبُسْر المُذَنِّب، ولا في البُسر بالرُّطَب المذنِّب[1]؛ لأن الرُّطَبَ المُذَنِّبَ: يُسمىٰ رُطَباً، والبُسْرَ المذنِّبَ: يُسمىٰ بُسْراً، فصار كما إذا كان اليمينُ علىٰ الشراء.

وله: أن الرُّطَبَ المُذَنِّبَ: ما يكون في ذَنَبِه قليلُ بُسْرٍ، والبُسْرُ المذنِّبُ: علىٰ عكسه، فيكونُ آكلُه: آكلَ البُسْر والرُّطَبِ، وكلُّ واحدٍ مقصودٌ في الأكل.

بخلاف الشراء؛ لأنه يصادِفُ الجملةَ، فيَتْبَعُ القليلُ فيه الكثيرَ.

قال: (ولو حلف لا يشتري رُطَباً، فاشترىٰ كِبَاسَةَ[2] بُسْرٍ فيها رُطَبٌ: لا يحنث)؛ لأن الشراءَ يصادِفُ الجملةَ، والمغلوبُ تابعٌ.

---

(١) أي ولا يحنث في قوله: لا يأكل بُسراً، فأكل رطباً مذنباً. البناية ٨/٢٢٢.

(٢) هي العِذْق والقِنو، أي عنقود النخل.

ومَن حلف لا يأكل لحماً، فأكل لحمَ السمكِ: لا يحنث.

وإن أَكَلَ لحمَ خِنزيرٍ، أو لحمَ إنسانٍ: يحنثُ.

وكذا إذا أكل كَبِداً، أو كَرِشاً، وقيل: في عُرْفِنا: لا يحنث.

ولو كانتِ اليمينُ علىٰ الأكل: يَحنَثُ؛ لأن الأكلَ يصادفُه شيئاً فشيئاً، فكان كلُّ واحدٍ منهما مقصوداً.

وصار كما إذا حَلَفَ لا يشتري شعيراً، أو: لا يأكلُه، فاشترىٰ حنطةً فيها حَبَّاتُ شعيرٍ، أو أَكَلَها: يحنثُ في الأكل، دون الشراء؛ لِمَا قلنا.

قال: (ومَن حلف لا يأكل لحماً، فأكل لحمَ السمكِ: لا يحنث).

والقياسُ: أن يحنثَ؛ لأنه سُمِّيَ لحماً في القرآن[1].

وجهُ الاستحسان: أن التسميةَ مَجازيةٌ؛ لأنَّ اللحمَ مَنشؤه من الدم، ولا دمَ فيه[2]؛ لسُكونِه في الماء.

قال: (وإن أَكَلَ لحمَ خِنزيرٍ، أو لحمَ إنسانٍ: يحنثُ)؛ لأنه لحمٌ حقيقيٌّ، إلا أنه حرامٌ، واليمينُ قد تُعقَدُ للمنع من الحرام.

قال: (وكذا[3] إذا أكل كَبِداً، أو كَرِشاً)؛ لأنه لحمٌ حقيقةً، فإنَّ نمُوَّه من الدم، ويُستعملُ استعمالَ اللحم.

(وقيل: في عُرْفِنا[4]: لا يحنث)؛ لأنه لا يُعَدُّ لحماً.

---

(١) في قوله تعالىٰ: ﴿ وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾. فاطر/١٢.

(٢) وفي نُسخ: له.

(٣) أي يحنث، وهو عُرف أهل الكوفة.

(٤) أي عرف بلاد بخارىٰ، وهذا القول هو الظاهر. كما في حاشية نسخة=

ولو حلف لا يأكلُ، أو لا يشتري شحماً: لم يحنث إلا في شَحْم البطن عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يحنثُ في شحم الظهر أيضاً.

ولو حلف لا يشتري، أو لا يأكلُ لحماً أو شحماً، فاشترىٰ أَلْيَةً، أو أَكَلَها: لم يحنث.

قال: (ولو حلف لا يأكلُ، أو لا يشتري شحماً: لم يحنث إلا في شَحْم البطن عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يحنثُ في شحم الظهر أيضاً)؛ وهو اللحمُ السمينُ؛ لوجود خاصية الشحم فيه، وهو الذَّوْبُ بالنار.

وله: أنه لحمٌ حقيقةً، ألا ترىٰ أنه ينشأ من الدم، ويُستعملُ استعمالَه، وتَحصلُ به[1] قوَّتُه، ولهذا يحنثُ بأكله في اليمين علىٰ أكل اللحم، ولا يحنث ببيعه في اليمين علىٰ بيع الشحم.

وقيل: هذا بالعربية، فأما اسمُ: بِيْه، بالفارسية: لا يقعُ علىٰ شحم الظهر بحالٍ.

قال: (ولو حلف لا يشتري، أو لا يأكلُ لحماً أو شحماً، فاشترىٰ أَلْيَةً، أو أَكَلَها: لم يحنث)؛ لأنه[2] نوعٌ ثالثٌ، حتىٰ لا تُستعملُ استعمالَ اللحوم والشحوم.

٦٤٤هـ، وقال في البناية ٨/٢٢٤: ينبغي أن يكون هذا صحيحاً.

(١) أي شحم الظهر.

(٢) أي الألية، وذكَّر الضميرَ هنا: علىٰ تأويل المذكور. البناية ٨/٢٢٧.

ومَن حلف لا يأكلُ من هذه الحِنْطة : لم يحنَثْ حتىٰ يَقْضَمَها .

ولو أَكَلَ من خُبْزِها : لم يحنثْ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : إن أكل من خُبْزها : حَنِثَ أيضاً .

ولو حلف لا يأكلُ من هذا الدقيق، فأكل من خُبْزِه : حَنِثَ .

ولو استَفَّه كما هو : لا يحنَثُ .

ولو حلف لا يأكلُ خبزاً : فيمينُه علىٰ ما يَعتادُ أهلُ المصر أَكْلَه خُبزاً .

قال: (ومَن حلف لا يأكلُ من هذه الحِنْطة: لم يحنَثْ حتىٰ يَقْضَمَها.

ولو أَكَلَ من خُبْزِها: لم يحنثْ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن أكل من خُبْزِها: حَنِثَ أيضاً)؛ لأنه مفهومٌ منه عُرفاً.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ له حقيقةً مستعمَلَةً، فإنها تُغلَىٰ وتُقلَىٰ، وتُؤكلُ قَضْماً، وهي قاضيةٌ علىٰ المجاز المتعارَفِ، علىٰ ما هو الأصلُ عنده.

ولو قَضَمَها: حنث عندهما، هو الصحيح؛ لعموم المجاز، كما إذا حلف لا يضعُ قدمَه في دار فلانٍ، فدَخَلَها[1] راكباً أو ماشياً: يحنثُ، وإليه[2] الإشارةُ بقوله في الخبز: حَنِثَ أيضاً.

قال: (ولو حلف لا يأكلُ من هذا الدقيق، فأكل من خُبْزِه: حَنِثَ)؛ لأن عينَه غيرُ مأكولٍ، فانصرَفَ إلىٰ ما يُتَّخذُ منه.

(ولو استَفَّه كما هو: لا يحنَثُ)، هو الصحيحُ؛ لتعيُّن المجاز مراداً.

قال: (ولو حلف لا يأكلُ خبزاً: فيمينُه علىٰ ما يَعتادُ أهلُ المصر أَكْلَه خُبزاً).

---

(١) قوله: فدخلها راكباً أو ماشياً: يحنث: سقط من نُسخٍ عديدة.

(٢) أي إلىٰ عموم المجاز. البناية ٨/٢٢٩.

ولو أكل من خُبْزِ القَطَائف : لا يَحنث .

وكذا لو أَكَلَ خُبْزَ الأَرُزِّ بالعراق : لم يحنث .

قال : ولو حَلَفَ لا يأكلُ الشِّوَاءَ : فهو علىٰ اللحم، دونَ الباذِنجان والجَزَر، وإن حلف لا يأكلُ الطَّبِيْخَ : فهو علىٰ ما يُطبَخُ من اللحم .

وذلك خُبْزُ الحنطة والشعير؛ لأنه هو المعتادُ في غالبِ البلدان.

قال: (ولو أكل من خُبْزِ القَطَائف: لا يَحنث)؛ لأنه لا يسمىٰ خبزاً مطلقاً، إلا إذا نواه؛ لأنه محتمَلُ كلامِه[1].

قال: (وكذا لو أَكَلَ خُبْزَ الأَرُزِّ بالعراق: لم يحنث)؛ لأنه غيرُ معتادٍ عندهم.

حتىٰ لو كان بطَبَرِسْتان[2]، أو في بلدةٍ طعامُهم ذلك[3]: يحنث.

قال: (ولو حَلَفَ لا يأكلُ الشِّوَاءَ: فهو علىٰ اللحم، دونَ الباذِنجان والجَزَر)؛ لأنه يُرادُ به اللحمُ المَشْوِيُّ عند الإطلاق، إلا أن ينويَ ما يُشوَىٰ من بَيْضٍ أو غيرِه؛ لمكان الحقيقة.

قال: (وإن حلف لا يأكلُ الطَّبِيْخَ: فهو علىٰ ما يُطبَخُ من اللحم).

وهذا استحسانٌ؛ اعتباراً للعُرْف، وهذا لأن التعميمَ متعذِّرٌ، فيُصرَفُ إلىٰ خاصٍّ هو متعارَفٌ، وهو اللحمُ المطبوخُ بالماء، إلا إذا نوىٰ غيرَ ذلك؛ لأنَّ فيه تشديداً.

---

(١) وفي نُسخ: لأنه يحتمله.

(٢) إقليمٌ من الأقاليم العراقية، شمال إيران في هذا الزمن. وينظر البناية ٨/٢٣١.

(٣) أي الأرز.

ومَن حلف لا يأكلُ الرؤوسَ : فيمينُه علىٰ ما يُكبَسُ في التَّنانير ، ويُباعُ في المصر .

وفي «الجامع الصغير» : لو حلف لا يأكلُ رأساً : فهو علىٰ رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا : علىٰ الغنم خاصةً .

وإن أَكَلَ من مَرَقِه: يحنثُ؛ لِمَا فيه من أجزاء اللحم، ولأنه يُسمىٰ طبيخاً.

قال: (ومَن حلف لا يأكلُ الرؤوسَ: فيمينُه علىٰ ما يُكبَسُ في التَّنانير، ويُباعُ في المصر)، ويقال: يُكْنَس[1].

(وفي «الجامع الصغير[2]»: لو حلف لا يأكلُ رأساً: فهو علىٰ رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: علىٰ الغنم خاصةً).

وهذا اختلافُ عصرٍ وزمانٍ، فإنَّ[3] العُرْفَ في زمنه: فيهما، وفي زمنهما: في الغنم خاصةً.

وفي زماننا: يُفتىٰ علىٰ حسب العادة، كما هو المذكورُ في «المختصر[4]».

---

(١) أي بدل: يُكبَس، من: كَنَسَ الظَّبْيُ في الكِنَاس: إذا دَخَلَ فيه، والأول هو الصحيح. البناية ٨/٢٣٢، والكِناسُ: موضع الظبي في الشجر، يكْتَنُّ فيه، ويستتر. مختار الصحاح، والمراد من: يُكنس: أي يدخل في التنانير.

(٢) ص١٣٥.

(٣) وفي نُسخ: كأنَّ العرفَ، وفي أخرىٰ: كان العرفُ.

(٤) أي مختصر القدوري.

ومَن حلف لا يأكل فاكهةً، فأكل عِنَباً أو رُمَّاناً أو رُطَباً أو قِثَّاءً أو خِياراً: لم يحنث.

وإن أكل تُفَّاحاً أو بِطِّيخاً أو مِشْمِشاً: حنث، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: حنث في العنب والرُّطَبِ والرُّمَّانِ أيضاً.

قال: (ومَن حلف لا يأكل فاكهةً، فأكل عِنَباً أو رُمَّاناً أو رُطَباً أو قِثَّاءً أو خِياراً: لم يحنث.

وإن أكل تُفَّاحاً أو بِطِّيخاً أو مِشْمِشاً: حنث، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: حنث في العنب والرُّطَبِ والرُّمَّانِ أيضاً).

والأصل: أن الفاكهةَ: اسمٌ لما يُتَفَكَّهُ به قبلَ الطعام، وبعدَه، أي يُتنعَّمُ به زيادةً علىٰ المعتاد.

والرَّطْبُ واليابسُ فيه: سواءٌ، بعد أنْ يكونَ التَّفَكُّهُ به معتاداً، حتىٰ لا يحنثُ بيابسِ البطيخ.

وهذا المعنىٰ موجودٌ في التفاح وأخواتها[1]، فيحنث بها[2].

وغير[3] موجودٍ في القِثَّاء والخِيار؛ لأنهما من البُقول، بيعاً وأكلاً، فلا يحنثُ بهما.

---

(١) نحو التين والمشمش والخوخ والكمثرىٰ والسفرجل، وأنَّث الضمير: علىٰ تقدير: فاكهة التفاح.

(٢) أي بالتفاح وأخواتها.

(٣) أي وهذا المعنىٰ غير موجود.

ولو حلف لا يأتَدِمُ: فكلُّ شيءٍ اصْطُبِغَ به: فهو إدامٌ.

والشِّوَاءُ: ليس بإدامٍ.

والملحُ: إدامٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: ما يُؤكَلُ مع الخبز غالباً: فهو إدامٌ.

وأما العنبُ والرُّطَبُ والرُّمَّان: فهما يقولان: إنَّ معنىٰ التفكُّهِ موجودٌ فيها، فإنها أعزُّ الفواكه، والتنعُّمُ بها يفوقُ التنعُّمَ بغيرها.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إنَّ هذه الأشياءَ مما يُتغذَّىٰ بها، ويُتداوىٰ بها، فأوجب قصوراً في معنىٰ التفكُّه؛ للاستعمال في حاجةِ البقاء، ولهذا كان اليابسُ منها[1]: من التوابل، أو من الأقوات.

قال: (ولو حلف لا يأتَدِمُ: فكلُّ شيءٍ اصْطُبِغَ به[2]: فهو إدامٌ.

والشِّوَاءُ: ليس بإدامٍ.

والملحُ: إدامٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: ما يُؤكَلُ مع الخبز غالباً: فهو إدامٌ)، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله.

لأن الإدامَ: من: المُؤادَمَة، وهي الموافقةُ، وكلُّ ما يؤكَلُ مع الخبز: موافِقٌ له، كاللحم والبيض ونحوه.

---

(١) مثل الزبيب، والتمر، وحَبِّ الرمان.

(٢) من: الصبغ: من الإدام، لأن الخبز يُغمَس فيه ويُلوَّن به، كالخل والزيت. ينظر المغرب ١/٤٦٦ (صبغ)، البناية ٨/٢٣٧.

وإذا حلف لا يتغدَّىٰ: فالغَداءُ: هو الأكلُ من طلوعِ الفجرِ إلىٰ الظهر، والعَشاءُ: من صلاةِ الظُّهْرِ إلىٰ نصفِ الليل.

ولهما: أنَّ الإدامَ ما يُؤكَلُ تَبَعاً، والتبعيةُ تحصلُ في الاختلاط: حقيقةً؛ ليكونَ قائماً به[1]، وفي أنْ لا يُؤكَلَ علىٰ الانفراد: حُكْماً، وتمامُ الموافقة في الامتزاجِ أيضاً.

والخَلُّ وغيرُه من المائعات لا يُؤكَلُ وحدَه[2]، بل يُشرب[3].

والملحُ لا يُؤكَلُ بانفراده عادةً؛ ولأنه يَذوبُ، فيكون تبعاً.

بخلاف اللحم، وما يُضاهيه؛ لأنه يُؤكَلُ وحدَه، إلا أن ينوِيَه؛ لِمَا فيه من التشديد[4].

والعنبُ والبِطِّيخ ليسا بإدامٍ، هو الصحيحُ.

قال: (وإذا حلف لا يتغدَّىٰ: فالغَداءُ: هو الأكلُ من طلوعِ الفجرِ إلىٰ الظهر، والعَشاءُ: من صلاةِ الظُّهْرِ إلىٰ نصفِ الليل)؛ لأن ما بعدَ الزوال: يُسمىٰ عَشِيّاً[5]، ولهذا تُسمىٰ الظُّهْرُ: إحدىٰ صلاتَيِ العِشَاء، في الحديث[6].

---

(١) وفي نُسخ: فيه.

(٢) وفي نُسخ: وحدها.

(٣) فلا يكون إداماً. البناية ٨/٢٣٩.

(٤) أي علىٰ نفسه.

(٥) هكذا في أكثر النُّسخ، وفي نُسخٍ: عِشاءً. البناية ٨/٢٣٩، ونقل العيني عن الأترازي أن ما بعد الزوال: يسمىٰ عِشاءً، بكسر العين.

(٦) صحيح البخاري (١٢٢٩)، صحيح مسلم (٥٣٧)، ولم يتعرض الزيلعي في=

والسَّحُورُ : من نصفِ الليل إلىٰ طلوع الفجر .

ومَن قال : إن لَبِسْتُ، أو أكلتُ، أو شربتُ فعبدي حرٌّ، وقال : عَنَيْتُ شيئاً، دون شيءٍ : لم يُديَّنْ في القضاء، وغيرِه .

وإن قال : إن لَبِسْتُ ثوباً، أو أكلتُ طعاماً، أو شربتُ شراباً : لم . . .

(والسَّحُورُ[1] : من نصفِ الليل إلىٰ طلوع الفجر)؛ لأنه مأخوذٌ من السَّحَر، ويُطلَقُ[2] علىٰ ما يَقرُب منه.

ثم الغَداءُ والعَشاءُ: ما يُقصَدُ به الشِّبَعُ عادةً، وتُعتبرُ عادةُ أهلِ كلِّ بلدةٍ في حقِّهم، ويُشترطُ أن يكون أكثرَ من نصف الشِّبَع.

قال: (ومَن قال: إن لَبِسْتُ، أو أكلتُ، أو شربتُ فعبدي حرٌّ، وقال: عَنَيْتُ شيئاً، دون شيءٍ: لم يُديَّنْ في القضاء، وغيرِه[3])؛ لأن النيةَ إنما تصحُّ في الملفوظ، والثوبُ وما يضاهيه غيرُ مذكورٍ تنصيصاً، والمقتضَىٰ: لا عمومَ له، فلَغَتْ نيةُ التخصيص فيه.

قال: (وإن قال: إن لَبِسْتُ ثوباً، أو أكلتُ طعاماً، أو شربتُ شراباً: لم

نصب الراية ٣٠٤/٣، وابن حجر في الدراية ٩٣/٢ لتخريج هذا الحديث، وخرَّجه العيني في البناية ٢٤٠/٨، وابن الهمام في فتح القدير ٤٠٧/٤.

(١) بفتح السين، وهو ما يُتَسَحَّرُ به من المأكول والمشروب، وبضمِّ السين: مصدر. البناية ٢٤٠/٨.

(٢) وفي نُسخ: ينطلق.

(٣) أي ديانةً، فلا يُصدَّق قضاءً ولا ديانةً.

يُديَّنْ في القضاء خاصةً.

ومَن حلف لا يشربُ من دِجْلَةَ، فشرب منها بإناءٍ: لم يحنث حتىٰ يَكْرَعَ منها كَرْعاً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا شرب منها بإناءٍ: يَحنثُ.

وإن حلف لا يشربُ من ماء دِجْلَةَ، فشرب منها بإناءٍ: حنث.

ومَن قال: إن لم أشربِ الماءَ الذي في هذا الكُوْز اليومَ فامرأتُه طالقٌ، وليس في الكُوْز ماءٌ: لم يحنث.

يُديَّنْ في القضاء خاصةً)؛ لأنه نكِرَةٌ في مَحَلِّ الشرط، فتَعُمُّ، فعَمِلَتْ نيةُ التخصيصُ فيه، إلا أنه خلافُ الظاهر، فلا يُديَّنُ في القضاء.

قال: (ومَن حلف لا يشربُ من دِجْلَةَ، فشرب منها بإناءٍ: لم يحنث حتىٰ يكْرَعَ منها كَرْعاً عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: إذا شرب منها بإناءٍ: يَحنثُ)؛ لأنه المتعارَفُ المفهوم.

وله: أن كلمةَ: مِن: للتبعيض، وحقيقتُه: في الكَرْع، وهي مستعمَلَةٌ، ولهذا يحنثُ بالكَرْع، إجماعاً، فمَنَعَتِ المصيرَ إلىٰ المجاز وإن كان متعارَفاً.

قال: (وإن حلف لا يشربُ من ماء دِجْلَةَ، فشرب منها بإناءٍ: حنث)؛ لأنه بعد الاغترافِ بقيَ منسوباً إليه، وهو الشرطُ، فصار كما إذا شرب من ماءِ نهرٍ يأخذُ من دِجْلَة.

قال: (ومَن قال: إن لم أشربِ الماءَ الذي في هذا الكُوْزِ اليومَ فامرأتُه طالقٌ، وليس في الكُوْز ماءٌ: لم يحنث.

فإن كان فيه ماءٌ، فأُهرِيْقَ قبلَ الليل : لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله : يحنث في ذلك كلِّه، يعني إذا مضىٰ اليومُ.

ولو كانتِ اليمينُ مُطْلَقةً : ففي الوجهِ الأول : لا يحنثُ عندهما.

فإن كان فيه ماءٌ، فأُهرِيْقَ قبلَ الليل: لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحنث في ذلك كلِّه، يعني إذا مضىٰ اليومُ).

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا كانت اليمينُ بالله تعالىٰ.

وأصلُه: أنَّ مِن شَرْطِ انعقادِ اليمين وبقائها: تصوُّرَ البرِّ عندهما.

خلافاً لأبي يوسف رحمه الله؛ لأن اليمينَ إنما تُعقَدُ للبِرِّ، فلا بدَّ من تصوُّر البِرِّ؛ ليُمكنَ إيجابُه.

وله: أنه أمكنَ القولُ بانعقادها موجِبةً للبِرِّ علىٰ وجهٍ يظهَرُ في حقِّ الخَلَف، وهو الكفارةُ.

قلنا: لا بدَّ من تصوُّرِ الأصلِ لينعقدَ في حَقِّ الخَلَفِ، ولهذا لا تنعقدُ الغموسُ موجِبةً للكفارة.

قال: (ولو كانتِ اليمينُ مُطْلَقةً: ففي الوجهِ الأول: لا يحنثُ عندهما.

وعند أبي يوسف رحمه الله : يحنثُ في الحال .

وفي الوجه الثاني : يحنثُ في قولِهم جميعاً .

ومَن حَلَفَ ليصعَدَنَّ السماءَ ، أو ليَقْلِبَنَّ هذا الحَجَرَ ذهباً : انعقدت يمينُه ، وحنث عَقِيبَها .

وعند أبي يوسف رحمه الله: يحنثُ في الحال.

وفي الوجه الثاني: يحنثُ، في قولِهم جميعاً).

فأبو يوسف رحمه الله فرَّق بين المطلَقِ، والمؤقَّت.

ووجهُ الفَرْقِ: أن التوقيتَ للتوسعة، فلا يجبُ الفعلُ إلا في آخِرِ الوقت، فلا يحنثُ قبلَه، وفي المطلَق: يجبُ البِرُّ كما فرَغَ، وقد عَجَزَ: فيحنثُ في الحال.

وهما فرَّقا بينهما، ووَجْهُ الفرق: أنَّ في المطلَق يجبُ البِرُّ كما فَرَغَ، فإذا فات البِرُّ بفوات ما عُقِدَت عليه اليمين: يحنثُ في يمينه، كما إذا مات الحالفُ والماءُ باقٍ.

أما في المؤقَّت: يجبُ البِرُّ في الجزءِ الأخير من الوقت، وعند ذلك لم تَبْقَ محلِّيةُ البِرُّ؛ لعدم التصوُّر، فلا يجبُ البِرُّ فيه، فتبطلُ اليمينُ، كما إذا عَقَدَه ابتداءً في هذه الحالة.

قال: (ومَن حَلَفَ ليصعَدَنَّ السماءَ، أو ليَقْلِبَنَّ هذا الحَجَرَ ذهباً: انعقدت يمينُه، وحنث عَقِيبَها).

وقال زفر رحمه الله: لا تنعقدُ؛ لأنه مستحيلٌ عادةً، فأشبه المستحيلَ حقيقةً، فلا تنعقدُ.

. . . .

ولنا: أن البِرَّ متصوَّرٌ حقيقةً؛ لأنَّ الصعودَ إلىٰ السماء ممكنٌ حقيقةً، ألا ترىٰ أن الملائكةَ يصعَدُون السماءَ، وكذا تحوُّلُ الحَجَرِ ذهباً بتحويل الله تعالىٰ، وإذا كان متصوَّراً: تنعقدُ اليمينُ موجبةً لخَلَفها.

ثم يحنثُ بحُكم العَجْز الثابتِ عادةً، كما إذا مات الحالِفُ: فإنه يحنثُ مع احتمالِ إعادةِ الحياة.

بخلاف مسألةِ الكُوز؛ لأن شُرْبَ الماءِ الذي في الكُوْزِ وقتَ الحلف ولا ماءَ فيه: لا يُتصوَّرُ، فلم[1] تَنعقدُ اليمينُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نُسخ: فلا.

باب

اليمين في الكلام

ومَن حَلَفَ لا يُكلِّمُ فلاناً، فكلَّمَه وهو بحيث يَسمَعُ، إلا أنه نائمٌ: حَنِثَ.

ولو حَلَفَ لا يكلِّمُه إلا بإذنه، فأَذِنَ له، ولم يَعلَمْ بالإذن حتىٰ كلَّمَه: حنث.

باب

اليمين في الكلام

قال: (ومَن حَلَفَ لا يُكلِّمُ فلاناً، فكلَّمَه وهو بحيث يَسمَعُ، إلا أنه نائمٌ: حَنِثَ)؛ لأنه قد كلَّمَه، ووَصَلَ إلىٰ سمعِه، لكنه لم يَفهَمْ لنومه، فصار كما إذا ناداه وهو بحيثُ يَسمَعُ، لكنه لم يَفهَمْ لتغافُلِه.

وفي بعضِ رواياتِ «المبسوط»: شَرَطَ[1] أن يُوقِظَه، وعليه عامةُ مشايخِنا[2] رحمهم الله؛ لأنه إذا لم يَنتبِه: كان كما إذا ناداه من بعيدٍ وهو بحيث لا يَسمَعُ صوتَه.

قال: (ولو حَلَفَ لا يكلِّمُه إلا بإذنه، فأَذِنَ له، ولم يَعلَمْ بالإذن حتىٰ كلَّمَه: حنث)؛ لأن الإذنَ: مشتَقٌّ من: الأَذَانِ، الذي هو الإعلامُ، أو: من

---

(١) أي الإمام محمد رحمه الله. حاشية نسخةٍ نفيسةٍ سلطانية بدون تاريخ.

(٢) ينظر لاختلاف التصحيح بين علماء المذهب: البناية ٢٤٩/٨.

وإن حَلَفَ لا يُكلِّمُه شهراً: فهو مِن حينِ حَلَفَ.

وإن حلف لا يتكلَّمُ، فقرأ القُرآنَ في صلاتِه: لم يحنث، وإن قرأ في غيرِ صلاته: حنث.

الوقوع في الأُذُن، وكلُّ ذلك لا يتحقَّقُ إلا بالسماع.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يحنثُ؛ لأن الإذنَ هو الإطلاقُ، وأنه يتمُّ بالإذن، كالرضا.

قلنا: الرضا من أعمال القلب، ولا كذلك الإذنُ، علىٰ ما مَرَّ.

قال: (وإن حَلَفَ لا يُكلِّمُه شهراً: فهو مِن حينِ حَلَفَ)؛ لأنه لو لم يَذكرِ الشهرَ: تتأبَّدُ اليمينُ، فذِكْرُ الشهرِ: لإخراج ما وراءَه، فبقِيَ الذي يلي يمينَه داخلاً؛ عَمَلاً بدلالة حاله.

بخلاف ما إذا قال: والله لأصومَنَّ شهراً؛ لأنه لو لم يذكرِ الشهرَ: لا تتأبَّد اليمينُ؛ فكان ذِكْرُه لتقدير الصوم به، وأنه مُنَكَّرٌ، فالتعيينُ إليه.

قال: (وإن حلف لا يتكلَّمُ، فقرأ القُرآنَ في صلاتِه: لم يحنث، وإن قرأ في غيرِ صلاته: حنث).

وعلىٰ هذا: التسبيحُ، والتهليلُ، والتكبيرُ.

وفي القياس: يحنثُ فيهما[1]، وهو قولُ الشافعي[2] رحمه الله؛ لأنه كلامٌ حقيقةً.

---

(١) أي في الصلاة، وخارجها.

(٢) بل لا يحنث عند الشافعي. البيان للعمراني ١٠/٥٥٥.

ولو قال : يومَ أكلِّمُ فلاناً فامرأتُه طالِقٌ : فهو علىٰ الليلِ والنهار .

وإن عنىٰ به النهارَ خاصةً : دُيِّن في القضاء .

ولو قال : ليلةَ أُكلِّمُ فلاناً : فهو علىٰ الليل خاصةً .

ولنا: أنه في الصلاة: ليس بكلامٍ عُرفاً، ولا شرعاً.

قال عليه الصلاة والسلام: «إن صلاتَنا هذه لا يَصلُحُ فيها شيءٌ من كلامِ الناس»[1].

وقيل: في عُرْفِنا: لا يَحنَثُ في غيرِ الصلاة أيضاً؛ لأنه لا يسمىٰ متكلِّماً، بل يُسمىٰ قارئاً، ومُسَبِّحاً.

قال: (ولو قال: يومَ أكلِّمُ فلاناً فامرأتُه طالِقٌ: فهو علىٰ الليلِ والنهار)؛ لأن اسمَ اليوم إذا قُرِنَ بفعلٍ لا يَمتدُّ: يُرادُ به مُطلَقُ الوقت.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾. الأنفال/١٦، والكلامُ لا يمتدُّ.

(وإن عنىٰ به النهارَ خاصةً: دُيِّن في القضاء)؛ لأنه مُستعمَلٌ فيه[2] أيضاً.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يُديَّنُ في القضاء؛ لأنه خلافُ المتعارَف[3].

قال: (ولو قال: ليلةَ أُكلِّمُ فلاناً: فهو علىٰ الليل خاصةً).

---

(١) صحيح مسلم (٥٣٧)، وتقدم في الصلاة.

(٢) أي إن لفظ: اليوم: مستعملٌ في النهار.

(٣) وفي نُسخ: الظاهر.

ولو قال: إن كلَّمتُ فلاناً إلا أنْ يَقدَمَ فلانٌ، أو قال: حتىٰ يَقدَمَ فلانٌ، أو قال: إلا أن يأذَنَ لي فلانٌ، أو قال: حتىٰ يأذَنَ فلانٌ فامرأتُه طالقٌ، فكلَّمه قبلَ القدومِ أو الإِذْنِ: حنث.

ولو كلَّمه بعد القدومِ أو الإِذْنِ: لم يحنث.

وإن مات فلانٌ: سَقَطَتِ اليمينُ.

ومَن حلف لا يُكلِّم عبدَ فلانٍ، ولم ينوِ عبداً بعَيْنِه، أو امرأةَ......

لأنه حقيقةٌ في سَوادِ الليل، كالنهار: للبَيَاض خاصةً، وما جاء استعمالُه في مطلَقِ الوقت.

قال: (ولو قال: إن كلَّمتُ فلاناً إلا أنْ يَقدَمَ فلانٌ، أو قال: حتىٰ يَقدَمَ فلانٌ، أو قال: إلا أن يأذَنَ لي فلانٌ، أو قال: حتىٰ يأذَنَ فلانٌ فامرأتُه طالقٌ، فكلَّمه قبلَ القدومِ أو[1] الإِذْنِ: حنث.

ولو كلَّمه بعد القدومِ أو الإِذْنِ: لم يحنث)؛ لأنه غايةٌ، واليمينُ باقيةٌ قبلَ الغاية، ومنتَهِيَةٌ بعدَها، فلا يحنثُ بالكلام بعد انتهاءِ اليمين.

(وإن مات فلانٌ: سَقَطَتِ اليمينُ).

خلافاً لأبي يوسف رحمه الله؛ لأنَّ الممنوعَ عنه كلامٌ ينتهي بالإذن والقدوم، ولم يبقَ بعد الموتِ مُتصوَّرُ الوجودِ، فسَقَطَتِ اليمينُ.

وعنده[2]: التصوُّرُ ليس بشرطٍ، فعند سقوطِ الغاية: تتأبَّدَ اليمينُ.

قال: (ومَن حلف لا يُكلِّم عبدَ فلانٍ، ولم ينوِ عبداً بعَيْنِه، أو امرأةَ

---

(١) وفي نُسخ: والإذن.

(٢) أي عند أبي يوسف رحمه الله. البناية ٨/٢٥٥.

فلانٍ، أو صديقَ فلانٍ، فباع فلانٌ عبدَه، أو بانتْ منه امرأتُه، أو عادىٰ صديقَه، فكلَّمهم: لم يحنث.

وإن كانت يمينُه علىٰ عبدٍ بعَيْنه، بأن قال: عبد فلانٍ هذا، أو . . . . . .

فلانٍ، أو صديقَ فلانٍ، فباع فلانٌ عبدَه، أو بانتْ منه امرأتُه، أو عادىٰ صديقَه، فكلَّمهم: لم يحنث)؛ لأنه عَقَدَ يمينَه علىٰ فِعْلٍ واقعٍ في مَحَلٍّ مضافٍ إلىٰ فلانٍ، إما إضافةَ مِلْكٍ، أو إضافةَ نسْبَةٍ، ولم يوجَدْ: فلا يحنث.

قال رضي الله عنه: هذا[1] في إضافةِ الملك: بالاتفاق.

وفي إضافة النسبة: عند محمدٍ رحمه الله: يحنثُ، كالمرأة والصديق. قاله في «الزيادات».

لأنَّ هذه الإضافةَ للتعريف؛ لأنَّ المرأةَ والصديقَ مقصودان[2] بالهجران، فلا يُشترَطُ دوامُها[3]، فتعلَّقَ الحكمُ[4] بعَيْنه، كما في الإشارة.

ووجهُ ما ذُكِرَ ها هنا، وهو روايةُ «الجامع الصغير[5]»: أنه يحتملُ أن يكون غَرَضُه هِجرانَه لأجل المضافِ إليه، ولهذا لم يُعَيِّنْه، فلا يحنثُ بعدَ زوالِ الإضافةِ بالشك.

قال: (وإن كانت يمينُه علىٰ عبدٍ بعَيْنه، بأن قال: عبد فلانٍ هذا، أو

---

(١) أي عدم الحنث.

(٢) أي دوام إضافة المرأة إلىٰ الزوج، وإضافة الصديق إلىٰ فلان. البناية ٨/٢٥٧.

(٣) وفي نُسخ: والإذن.

(٤) أي حكم الحنث.

(٥) ص١٣٩.

امرأةٍ بعَيْنها، أو صديقِ فلانٍ بعينه : لم يحنث في العبدِ، وحَنِثَ في المرأةِ، والصديقِ، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله : يحنثُ في العبد أيضاً

وإن حلف لا يدخلُ دارَ فلانٍ هذه، فباعها، ثم دَخَلَها : فهو علىٰ هذا الاختلاف.

امرأةٍ[١] بعَيْنها، أو صديقِ فلانٍ بعينه: لم يحنث في العبدِ، وحَنِثَ في المرأةِ، والصديقِ، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدٌ رحمه الله: يحنثُ في العبد أيضاً)، وهو قولُ زفر رحمه الله تعالىٰ.

قال: (وإن حلف لا يدخلُ دارَ فلانٍ هذه، فباعها، ثم دَخَلَها: فهو علىٰ هذا الاختلاف).

وجهُ قولِ محمدٍ وزفرَ رحمهما الله: أن الإضافةَ للتعريف، والإشارةُ أبلغُ منها فيه؛ لكونها قاطعةً للشركة، بخلافِ الإضافة[٢]، فاعتُبِرَتِ الإشارةُ، ولَغَتِ الإضافةُ، وصار كالصديق والمرأة.

ولهما: أن الداعيَ إلىٰ اليمين: معنىً في المضاف إليه؛ لأن هذه الأعيانَ لا تُهجَرُ، ولا تُعادَىٰ لذواتها.

وكذا العبدُ؛ لسقوط منزلته، بل لمعنىً في مُلاَّكِها، فتتقيدُ اليمينُ بحال قيامِ الملك.

---

(١) وفي نُسخ: أو امرأةً بعينها، أو صديقاً بعينه.

(٢) قوله: بخلاف الإضافة: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإن حَلَفَ لا يُكلِّمُ صاحبَ هذا الطَّيْلَسَان، فباعه، ثم كلَّمَه : حنث.

ومَن حَلَفَ لا يُكلِّمُ هذا الشابَّ، فكلَّمه وقد صار شيخاً : حنث.

بخلاف ما إذا كانتِ الإضافةُ إضافةَ نسبةٍ، كالصَّدِيق والمرأة؛ لأنه يُعادَىٰ لذاته، فكانتِ الإضافةُ للتعريف، والداعي لمعنىً في المضاف إليه غيرُ ظاهرٍ؛ لعدم التعيين، بخلافِ ما تقدَّم.

قال: (وإن حَلَفَ لا يُكلِّمُ صاحبَ هذا الطَّيْلَسَان، فباعه، ثم كلَّمَه: حنث)؛ لأن هذه الإضافةَ لا تَحتمِلُ إلا التعريفَ؛ لأن الإنسانَ لا يُعادَىٰ لمعنىً في الطَّيْلَسَان، فصار كما إذا أشار إليه.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يُكلِّمُ هذا الشابَّ، فكلَّمه وقد صار شيخاً: حنث)؛ لأن الحكم[1] تَعَلَّقَ بالمُشار إليه، إذِ الصفةُ في الحاضر لغوٌ، وهذه الصفةُ ليست بداعيةٍ إلىٰ اليمين، علىٰ ما مرَّ من قبلُ، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) وفي نسخة سعدي: لأن الحلف.

فصلٌ

ومَن حَلَفَ لا يُكلِّمُ فلاناً حِيْناً، أو زماناً، أو الحِيْنَ، أو الزمانَ: فهو علىٰ ستة أشهرٍ.

فصلٌ

في مسائلَ تتعلق باليمين بالكلام زمنياً

قال: (ومَن حَلَفَ لا يُكلِّمُ فلاناً حِيْناً، أو زماناً، أو الحِيْنَ، أو الزمانَ: فهو علىٰ ستة أشهرٍ)؛ لأن الحينَ: قد يُرادُ به الزمانُ القليلُ. قال[1] الله تعالىٰ: ﴿ فَسُبْحَـٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾. الروم/١٧.

وقد يُراد به: أربعون سَنَةً، قال الله تعالىٰ: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَـٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾. الإنسان/١.

وقد يُرادُ به ستةُ أشهر، قال الله تعالىٰ: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ﴾. إبراهيم/٢٥، وهذا هو الوَسَطُ، فيَنصرفُ إليه.

وهذا لأن اليسيرَ لا يُقصَدُ بالمنع؛ لوجودِ الامتناعِ فيه عادةً.

والمديدُ لا يُقصَدُ غالباً؛ لأنه بمنزلة الأَبَدِ، ولو سكَتَ عنه: يتأبَّدُ، فتعيَّنَ ما ذكرناه.

وكذا الزمانُ يُستعمَلُ استعمالَ الحِيْنِ، يُقال: ما رأيتُكَ منذُ حِيْنٍ، ومنذُ زمانٍ: بمعنىً.

---

(١) هذا الدليل ثبت في نُسخٍ، دون نُسخٍ أخرىٰ.

وهذا إذا لم تكنْ له نيةٌ.

وكذلك الدهرُ عند أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا أدري ما الدهر؟

ولو حلف لا يكلِّمُه أياماً: فهو علىٰ ثلاثةِ أيامٍ.

قال: (وهذا إذا لم تكنْ له نيةٌ)، أما إذا نوىٰ شيئاً: فهو علىٰ ما نوىٰ[1]؛ لأنه نوىٰ[2] حقيقةَ كلامِه.

قال: (وكذلك الدهرُ عند أبي يوسف ومحمدٍ رحمهما الله.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا أدري ما الدهرُ؟).

وهذا الاختلاف في المُنكَّر، هو الصحيحُ.

أما المُعَرَّفُ بالألف واللام: يُرادُ به الأَبدُ عُرْفاً.

لهما: أن: دهراً: يُستعمَلُ استعمالَ الحِيْن والزمان، يقال: ما رأيتُك منذُ حِين، ومنذُ دَهْرٍ: بمعنىً واحدٍ.

وأبو حنيفة رحمه الله توقَّفَ في تقديره؛ لأن اللغات لا تُدرَكُ قياساً، والعُرفُ لم يُعرَفِ استمرارُه؛ لاختلافٍ في الاستعمال.

قال: (ولو حلف لا يكلِّمُه أياماً: فهو علىٰ ثلاثةِ أيامٍ)؛ لأنه اسمُ جَمْعٍ ذُكِر مُنكَّراً، فيتناولُ أقلَّ الجمع، وهو الثلاثُ.

---

(١) وفي نُسخ: ما نواه.

(٢) لفظ: نوىٰ: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

وإن حلف لا يكلِّمُه الأيامَ: فهو علىٰ عشرة أيامٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: علىٰ أيامِ الأسبوع.

ولو حَلَفَ لا يُكلِّمُه الشهورَ: فهو علىٰ عشرة أشهرٍ عنده، وعندهما: علىٰ اثني عشرَ شهراً.

ومَن قال لعبده: إن خدمتَنِي أياماً كثيرةً فأنتَ حُرٌّ: فالأيامُ الكثيرةُ عند أبي حنيفة رحمه الله: عشرةُ أيام.

قال: (وإن حلف لا يكلِّمُه الأيامَ: فهو علىٰ عشرة أيامٍ عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: علىٰ أيامِ الأسبوع.

ولو حَلَفَ لا يُكلِّمُه الشهورَ: فهو علىٰ عشرة أشهرٍ عنده، وعندهما: علىٰ اثني عشرَ شهراً)؛ لأن اللامَ للمَعْهود، وهو ما ذكرناه؛ لأنه يدورُ عليها.

وله: أنه جَمْعٌ معرَّفٌ، فينصرِفُ إلىٰ أقصىٰ ما يُذكَرُ بلفظ الجمع، وذلك عشرةٌ.

وكذا الجوابُ عنده في الجُمَع[1]، والسِّنين.

وعندهما[2]: ينصرِفُ إلىٰ العُمُر؛ لأنه لا معهودَ دونه.

قال: (ومَن قال لعبده: إن خدمتَنِي أياماً كثيرةً فأنتَ حُرٌّ: فالأيامُ الكثيرةُ عند أبي حنيفة رحمه الله: عشرةُ أيام)؛ لأنه أكثرُ ما يتناولُه اسمُ الأيام.

---

(١) جَمْع: جُمُعَة، يعني إذا حلف لا يكلم الجُمَعَ: يقع علىٰ عشر جُمَع. البناية ٨/٢٦٨.

(٢) أي في كليهما. حاشية نسخة ٨٠٧هـ.

وقالا : سبعةُ أيام.

(وقالا: سبعةُ أيام)؛ لأن ما زاد عليها تكرارٌ.

وقيل: لو كانتِ اليمينُ بالفارسية: تنصرِفُ إلىٰ سبعةِ أيام؛ لأنه يُذْكَرُ فيها بلفظ الفرد، دونَ الجمع، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب
اليمين في العِتْق، والطلاق

ومَن قال لامرأته: إذا وَلَدْتِ ولداً فأنتِ طالقٌ، فوَلَدَتْ ولداً ميتاً: طَلُقَتْ، وكذلك إذا قال لأَمَته: إذا وَلَدْتِ ولداً: فأنتِ حرةٌ.

ولو قال: إذا ولدتِ ولداً فهو حرٌّ، فوَلَدَتْ ولداً ميتاً، ثم آخَرَ حيَّاً: عَتَقَ الحيُّ وحدَه عند أبي حنيفة رحمه الله.

باب
اليمين في العِتْق، والطلاق

قال: (ومَن قال لامرأته: إذا وَلَدْتِ ولداً فأنتِ طالقٌ، فوَلَدَتْ ولداً ميتاً: طَلُقَتْ.

وكذلك إذا قال لأَمَته: إذا وَلَدْتِ ولداً: فأنتِ حرةٌ)؛ لأن الموجودَ مولودٌ، فيكون ولداً حقيقةً، ويُسمىٰ به في العُرْف.

ويُعتبرُ ولداً في الشرع، حتىٰ تنقضي به العِدَّةُ، والدمُ بعدَه: نفاسٌ[1]، وأُمُّه: أمُّ ولدٍ له، فتحَقَّقَ الشرطُ، وهو ولادةُ الولد.

قال: (ولو قال: إذا ولدتِ ولداً فهو حرٌّ، فوَلَدَتْ ولداً ميتاً، ثم آخَرَ حيَّاً: عَتَقَ الحيُّ وحدَه عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

(١) وفي نُسخ: نفاساً. قلت: بحسب الإعراب.

وقالا : لا يَعتِقُ واحدٌ منهما .

وإذا قال : أولُ عبدٍ أشتريه فهو حُرٌّ، فاشترىٰ عبداً : عَتَقَ .

فإن اشترىٰ عبدَيْن معاً، ثم آخَرَ : لم يَعتِقْ واحدٌ منهم .

وإن كان قال : أولُ عبدٍ أشتريه وحدَه فهو حُرٌّ : عَتَقَ الثالثُ .

وقالا: لا يَعتِقُ واحدٌ منهما)؛ لأن الشرطَ قد تَحقَّقَ بولادة الميت، علىٰ ما بيَّنَّا، فتَنحَلُّ اليمينُ لا إلىٰ جزاءٍ؛ لأن الميتَ ليس بمَحَلٍّ للحرية، وهي الجزاءُ.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ مطلَقَ اسمِ الولد تقيَّد بوصف الحياة؛ لأنه قَصَدَ إثباتَ الحريةِ جزاءً، وهي قوةٌ حُكميةٌ تَظهرُ في دَفْعِ تسلُّطِ الغير، ولا تثبتُ في الميت، فيتقيدُ[1] بوصف الحياة، فصار كما إذا قال: إذا ولدتِ ولداً حياً.

بخلاف جزاءِ الطلاق، وحريةِ الأم: لأنه لا يصلُحُ مقيِّداً.

قال: (وإذا قال: أولُ عبدٍ أشتريه فهو حُرٌّ، فاشترىٰ عبداً: عَتَقَ)؛ لأن الأولَ اسمٌ لفردٍ سابقٍ[2].

قال: (فإن اشترىٰ عبدَيْن معاً، ثم آخَرَ: لم يَعتِقْ واحدٌ منهم)؛ لانعدام التفرُّدِ في الأوَّلَيْن، والسَّبْقِ في الثالث، فانعدمتِ الأوليةُ.

قال: (وإن كان قال: أولُ عبدٍ أشتريه وحدَه فهو حُرٌّ: عَتَقَ الثالثُ)؛ لأنه يُرادُ به التفرُّدُ في حالة الشراء؛ لأنَّ: وحدَه: للحال لغةً، والثالثُ سابقٌ في هذا الوصف.

---

(١) أي الولد.

(٢) أي لا يشاركه غيره فيه.

وإن قال: آخِرُ عبدٍ أشتريه فهو حُرٌّ، فاشترىٰ عبداً، ومات المولىٰ: لم يَعتِقْ.

ولو اشترىٰ عبداً، ثم عبداً، ثم مات: عَتَقَ الآخِرُ.

ويَعتِقُ يومَ اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يَعتِقُ يومَ مات، حتىٰ يُعتبرُ من الثلث.

قال: (وإن قال: آخِرُ عبدٍ أشتريه فهو حُرٌّ، فاشترىٰ عبداً، ومات المولىٰ: لم يَعتِقْ)؛ لأن الآخِرَ: اسمٌ لفردٍ لاحِقٍ، وهذا العبدُ لا سابقَ له، فلا يكونُ لاحِقاً.

قال: (ولو اشترىٰ عبداً، ثم عبداً، ثم مات[1]: عَتَقَ الآخِرُ)؛ لأنه فَرْدٌ لاحِقٌ، فاتَّصف بالآخِرِيَّة.

(ويَعتِقُ يومَ اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله)، حتىٰ يُعتبرُ من جميع المال.

(وقالا: يَعتِقُ يومَ مات، حتىٰ يُعتبرُ من الثلث)؛ لأن الآخِرِيَّةَ لا تثبتُ إلا بعدم شراءِ غيرِه بعدَه، وذلك يتحقَّقُ بالموت، فكان الشرطُ متحقِّقاً عند الموت، فيُقتَصَرُ عليه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ الموتَ معرِّفٌ، فأما اتصافُه بالآخِرِيَّة: فمن وقت الشراء، فيثبتُ[2] مستنِداً.

وعلىٰ هذا الخلاف: تعليقُ الطَّلَقاتِ[3] الثلاثِ به، وفائدتُه تظهرُ في حرمان[4] الإرثِ، وعدمِه.

---

(١) أي المولىٰ.

(٢) أي فيثبت العتق مستنِداً إلىٰ وقتٍ كان آخِراً من وقت الشراء.

(٣) وفي نُسخ: الطلاق.

(٤) وفي نُسخ: جريان، وفي أخرىٰ: حق الإرث وعدمه. قلت: والمعنىٰ واحدٌ.

ومَن قال: كلُّ عبدٍ بَشَّرني بولادةِ فلانةَ فهو حُرٌّ، فبشَّره ثلاثةُ أعبُدٍ متفرِّقين: عَتَقَ الأولُ، وإن بشَّروه معاً: عَتَقُوا.

وإن قال: إن اشتريتُ فلاناً فهو حُرٌّ، فاشتراه ينوي به كفَّارةَ يمينِه: لم يُجْزِه، وإن اشترىٰ أباه ينوي به عن كفَّارةِ يمينِه: أجزأه عندنا.

قال: (ومَن قال: كلُّ عبدٍ بَشَّرني بولادةِ فلانةَ فهو حُرٌّ، فبشَّره ثلاثةُ أعبُدٍ متفرِّقين: عَتَقَ الأولُ)؛ لأنَّ البشارةَ اسمٌ لخَبَرٍ يُغيِّرُ بَشَرَةَ الوجه، ويُشترطُ كونُه سارّاً بالعُرف، وهذا إنما يتحقَّقُ من الأول.

(وإن بشَّروه معاً: عَتَقُوا)؛ لأنها تحقَّقَتْ من الكل.

قال: (وإن قال: إن اشتريتُ فلاناً فهو حُرٌّ، فاشتراه ينوي به كفَّارةَ يمينِه: لم يُجْزِه)؛ لأن الشرطَ قِرانُ النيةِ بعِلَّة العتق، وهي اليمينُ، فأما الشراءُ: فشَرْطُه.

قال: (وإن اشترىٰ أباه ينوي به عن كفَّارةِ يمينِه: أجزأه عندنا).

خلافاً لزفر والشافعي[(١)] رحمهما الله.

لهما: أن الشراءَ شَرْطُ العتق، فأما العِلَّةُ: فهي القرابةُ، وهذا لأن الشراءَ إثباتُ الملك، والإعتاقَ إزالتُه، وبينهما منافاةٌ.

ولنا: أن شراءَ القريبِ إعتاقٌ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لن يَجْزِيَ ولدٌ والدَه إلا أن يَجدَه مملوكاً، فيشتريَه، فيُعتِقَه»[(٢)]، أي بالشراء.

---

(١) البيان للعمراني ١٠/٣٧٧.

(٢) صحيح مسلم (١٥١٠).

ولو اشترىٰ أُمَّ ولدِه : لم يُجْزِه .

ومعنىٰ هذه المسألة : أن يقولَ لأَمَةٍ قد استولَدَها بالنكاح : إن اشتريتُكِ فأنتِ حرةٌ عن كفَّارةِ يميني ، ثم اشتراها : فإنها تَعتِقُ .

ومَن قال : إن تَسَرَّيْتُ جاريةً فهي حُرَّةٌ ، فتسرَّىٰ جاريةً كانت في مِلكِه : عَتَقَتْ .

جَعَلَ نفسَ الشراء: إعتاقاً؛ لأنه لا يُشترطُ غيرُه، فصار نظيرَ قوله: سقاه، فأرواه.

قال: (ولو اشترىٰ أُمَّ ولدِه: لم يُجْزِه.

ومعنىٰ هذه المسألة: أن يقولَ لأَمَةٍ قد استولَدَها بالنكاح: إن اشتريتُكِ فأنتِ حرةٌ عن كفَّارةِ يميني، ثم اشتراها: فإنها تَعتِقُ)؛ لوجود الشرط.

ولا تُجزئه عن الكفارة؛ لأن حريتَها مستَحَقَّةٌ بالاستيلاد، فلا تُضافُ[1] إلىٰ اليمين من كلِّ وجهٍ.

بخلاف ما إذا قال لقِنَّةٍ: إنِ اشتريتُكِ فأنتِ حرةٌ عن كفارةِ يميني، حيث يجزئه عنها إذا اشتراها؛ لأن حريتَها غيرُ مستَحَقَّةٍ بجهةٍ أخرىٰ، فلم تختَلَّ الإضافةُ إلىٰ اليمين، وقد قارَنَتْه[2] النيةُ.

قال: (ومَن قال: إن تَسَرَّيْتُ[3] جاريةً فهي حُرَّةٌ، فتسرَّىٰ جاريةً كانت في مِلكِه: عَتَقَتْ)؛ لأنَّ اليمينَ انعقدتْ في حَقِّها؛ لمصادفتِها المِلْكَ،

---

(١) أي الحرية.

(٢) أي نية الكفارة قارَنَتِ الشراءَ.

(٣) السُّرِّيَّة: هي الأمة يبوِّئها بيتاً للتحصين والوطء. ينظر البناية ٢٧٦/٨.

وإن اشترىٰ جاريةً، فتَسَرَّاها: لم تَعتِقْ.

ومَن قال: كلُّ مملوكٍ لي حرٌّ: تَعتِقُ أمهاتُ أولادِه، ومدبَّروه، وعبيدُه.

ولا يَعتِقُ مكاتَبوه، ولا عبدٌ قد أُعتِقَ بعضُه إلا أن ينوِيَهم.

وهذا لأن الجاريةَ مُنَكَّرةٌ في هذا الشرط؛ فتتناولَ كلَّ جاريةٍ علىٰ الانفراد.

قال: (وإن اشترىٰ جاريةً، فتَسَرَّاها: لم تَعتِقْ) بهذه اليمين(١).

خلافاً لزفر رحمه الله، فإنه يقولُ: التسرِّي لا يصحُّ إلا في الملك، فكان ذِكْرُه: ذِكْرَ المِلكِ، وصار كما إذا قال لأجنبيةٍ: إن طلَّقتُكِ فعبدي حرٌّ: يصير التزوُّجُ مذكوراً.

ولنا: أنَّ الملكَ يصيرُ مذكوراً؛ ضرورةَ صحةِ التسرِّي، وهو شَرْطٌ، فيتقدَّرُ بقَدْره، فلا يظهرُ في حَقِّ صحةِ الجزاء، وهو الحريةُ.

وفي مسألة الطلاق: إنما يَظهرُ في حقِّ الشرط، دونَ الجزاء، حتىٰ لو قال لها: إن طلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً، فتزوَّجَها، وطلَّقَها واحدةً: لا تطلُقُ ثلاثاً، فهذه وِزَانُ مسألتنا.

قال: (ومَن قال: كلُّ مملوكٍ لي حرٌّ: تَعتِقُ أمهاتُ أولادِه، ومدبَّروه، وعبيدُه)؛ لوجود الإضافةِ المطلَقةِ في هؤلاء، إذِ الملكُ ثابتٌ فيهم رقبةً ويَداً.

(ولا يَعتِقُ مكاتَبوه، ولا عبدٌ قد أُعتق بعضُه إلا أن ينوِيَهم)؛ لأنَّ الملكَ غيرُ ثابتٍ يداً، ولهذا لا يملكُ أكسابَه(٢)، ولا يَحِلُّ له وطءُ المكاتبة، بخلاف أمِّ الولدِ والمدبَّرة، فاختلَّتِ الإضافةُ، فلا بدَّ من النية.

---

(١) قوله: بهذه اليمين: مثبتٌ في طبعات الهداية القديمة.

(٢) أي أكساب المكاتَب.

ومَن قال لنسْوةٍ له: هذه طالقٌ، أو هذه وهذه: طلُقَتِ الأخيرةُ، وله الخيارُ في الأُوْليَيْن.

وكذا إذا قال لعبيدِه: هذا حُرٌّ، أو هذا وهذا: عَتَقَ الأخيرُ، وله الخيارُ في الأوليين.

قال: (ومَن قال لِنسْوةٍ له: هذه طالقٌ، أو هذه وهذه: طلُقَتِ الأخيرةُ، وله الخيارُ في الأُوْليَيْن)؛ لأن كلمةَ: أو: لإثباتِ أحدِ المذكورَيْن، وقد أدخَلَها بين الأُوْليَيْن، ثم عَطَفَ الثالثةَ علىٰ المطَلَّقَة؛ لأن العطفَ للمشاركة في الحكم، فيَختَصُّ العطفُ بمَحَلِّه، فصار كما إذا قال: إحداكما طالقٌ وهذه.

قال: (وكذا إذا قال لعبيدِه: هذا حُرٌّ، أو هذا وهذا: عَتَقَ الأخيرُ، وله الخيارُ في الأُوْليَيْن)؛ لِمَا بيَّنَّا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب

اليمين في البيع والشراء، والتزوُّجِ، وغيرِ ذلك

ومَن حَلَفَ لا يبيعُ، أوْ لا يشتري، أوْ لا يؤاجِرُ، فوَكَّلَ مَن فَعَلَ ذلك: لم يحنث.

ومَن حَلَفَ لا يتزوَّجُ، أو لا يُطلِّقُ، أو لا يُعتِقُ، فوكَّل بذلك: حنث.

باب

اليمين في البيع والشراء، والتزوُّجِ، وغيرِ ذلك

قال: (ومَن حَلَفَ لا يبيعُ، أوْ لا يشتري، أوْ لا يؤاجِرُ، فوكَّلَ مَن فَعَلَ ذلك: لم يحنث)؛ لأن العقدَ وُجِدَ من العاقد، حتىٰ كانتِ الحقوقُ عليه.

ولهذا لو كان العاقدُ هو الحالفُ: يحنثُ في يمينه، فلم يوجَدْ ما هو الشرطُ، وهو العقدُ من الآمِرِ، وإنما الثابتُ له حُكمُ العقد.

إلا[١] أن ينوِيَ ذلك؛ لأنَّ فيه تشديداً علىٰ نفسه، أو يكونَ الحالِفُ ذا سُلطانٍ[٢]، لا يتولَّىٰ العقدَ بنفسه؛ لأنه يَمنعُ نفسَه عمَّا يعتادُه.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يتزوَّجُ، أو لا يُطلِّقُ، أو لا يُعتِقُ، فوكَّل بذلك: حنث)؛ لأن الوكيلَ في هذا سفيرٌ ومُعَبِّرٌ، ولهذا لا يُضيفُه إلىٰ نفسه، بل إلىٰ الآمِرِ، وحقوقُ العقدِ تَرجعُ إلىٰ الآمِرِ، لا إليه.

---

(١) استثناءٌ من قوله: لم يحنث.

(٢) كالقاضي.

ولو قال: عَنَيْتُ أن لا أتكلَّمَ به: لم يُدَيَّنْ في القضاءِ خاصةً.

ولو حَلَفَ لا يضرِبُ عبدَه، أو لا يذبَحُ شاتَه، فأَمَرَ غيرَه، ففعل: حنث في يمينِه، ولو قال: عَنَيْتُ أنْ لا أتولَّىٰ ذلك بنفسي: دُيِّنَ في القضاء.

قال: (ولو قال: عَنَيْتُ أن لا أتكلَّمَ به: لم يُدَيَّن[1] في القضاءِ خاصةً)، وسنُشيرُ إلىٰ المعنىٰ في الفَرْق إن شاء الله تعالىٰ.

قال: (ولو حَلَفَ لا يضرِبُ عبدَه، أو لا يذبَحُ شاتَه، فأَمَرَ غيرَه، ففعل: حنث في يمينِه)؛ لأن المالكَ له ولايةُ ضَرْبِ عبدِه، وذَبْحِ شاته، فيملك توليتَه غيرَه.

ثم منفعتُه راجعةٌ إلىٰ الآمِر، فيُجعَلُ هو مباشِراً، إذْ لا حقوقَ له ترجعُ إلىٰ المأمور.

قال: (ولو قال: عَنَيْتُ أنْ لا أتولَّىٰ ذلك بنفسي: دُيِّنَ[2] في القضاء).

بخلاف ما تقدَّم من الطلاق، وغيره.

ووجهُ الفَرْق: أن الطلاقَ ليس إلا تكلُّماً[3] بكلامٍ يُفضِي إلىٰ وقوع الطلاق عليها، والأمرُ بذلك: مثلُ التكلُّم به، واللفظُ ينتظِمُهما.

فإذا نوىٰ التكلُّمَ به: فقد نوىٰ الخصوصَ في العامِّ، فيُدَيَّن دِيانةً، لا قضاءً.

أما الضربُ والذبحُ: ففِعلٌ حِسِّيٌّ يُعرَفُ بأثره، والنسبةُ إلىٰ الآمِرِ بالتسبُّب

---

(١) أي لم يصدَّق في القضاء. البناية ٢٨٢/٨.

(٢) أي صُدِّق قضاءً وديانةً.

(٣) وفي نُسخ: إلا تكلُّمٌ، وفي نُسخ أخرىٰ: إلا التكلُّم.

ومَن حَلَفَ لا يضربُ ولدَه، فأَمَرَ إنساناً، فضَرَبَه: لم يحنَثْ في يمينِه.

ومَن قال لآخَرَ: إن بِعْتُ لكَ هذا الثوبَ فامرأتُه طالقٌ، فدَسَّ المحلوفُ عليه ثوبَه في ثيابِ الحالِف، فباعه، ولم يعلَمْ: لم يحنث.

مجازٌ، فإذا نوىٰ الفعلَ بنفسه: فقد نوىٰ الحقيقةَ، فيُصدَّق دِيانةً وقضاءً.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يضربُ ولدَه، فأَمَرَ إنساناً، فضَرَبَه: لم يحنَثْ في يمينِه)؛ لأن منفعةَ ضَرْبِ الولد عائدةٌ إليه[1]، وهو التأدُّبُ والتثقُّفُ[2]، فلم يُنسَبْ فعلُه إلىٰ الآمِر.

بخلاف الأمر بضرب العبد؛ لأن منفعةَ الائتمار بأَمْره عائدةٌ إلىٰ الآمِر[3]، فيُضافُ الفعلُ إليه.

قال: (ومَن قال لآخَرَ: إن بِعْتُ لكَ هذا الثوبَ فامرأتُه طالقٌ، فدَسَّ المحلوفُ عليه ثوبَه في ثيابِ الحالِف، فباعه، ولم يعلَمْ: لم يحنث)؛ لأن حرف: اللام: دَخَلَ علىٰ البيع، فيقتضي اختصاصَه به، وذلك بأن يفعلَه بأمره، إذِ البيعُ تجري فيه النيابةُ، ولم توجد.

بخلاف ما إذا قال: إن بعتُ ثوباً لك: حيثُ يحنَثُ إذا باع ثوباً مملوكاً له، سواءٌ كان بأمره، أو بغير أمره، عَلِمَ بذلك، أو لم يَعلم؛ لأن حرف: اللام: دَخَلَ علىٰ العين؛ لأنه أقربُ إليه، فيقتضي الاختصاصَ به، وذلك بأن يكون مملوكاً له.

---

(١) أي إلىٰ الولد، وإن كان فيه منفعةٌ للوالد أيضاً ضمناً. البناية ٨/٢٨٤.

(٢) أي التقوُّم وسلوك الطريق الحميدة، وتجنب الأفعال المستقبحة.

(٣) وفي نُسخ: لأن منفعتَه الائتمار بأمره، فيُضاف الفعل إليه.

ومَن قال: هذا العبدُ حرٌّ إن بِعتُه، فباعه علىٰ أنه بالخيار: عَتَقَ.

وكذلك لو قال المشتري: إن اشتريتُه فهو حُرٌّ، فاشتراه علىٰ أنه بالخيار: عَتَقَ أيضاً.

ومَن قال: إن لم أَبِعْ هذا العبدَ، أو هذه الأمةَ فامرأتُه طالقٌ، . . . . . .

ونظيرُه: الصياغةُ، والخياطةُ، وكلُّ ما تجري فيه النيابة.

بخلاف الأكل والشرب، وضَرْبِ الغلام[1]؛ لأنه لا يحتمِلُ النيابةَ، فلا يفترقُ الحكمُ فيه في الوجهين.

قال: (ومَن قال: هذا العبدُ حرٌّ إن بِعتُه، فباعه علىٰ أنه بالخيار: عَتَقَ)؛ لوجود الشرط، وهو البيعُ، والملكُ فيه قائمٌ، فيَنْزِلُ[2] الجزاءُ[3].

قال: (وكذلك لو قال المشتري: إن اشتريتُه فهو حُرٌّ، فاشتراه علىٰ أنه بالخيار: عَتَقَ أيضاً)؛ لأن الشرطَ قد تحقَّقَ، وهو الشراءُ، والملكُ قائمٌ فيه.

وهذا علىٰ أصلِهما[4] ظاهرٌ.

وكذا علىٰ أصله[5]؛ لأن هذا العتقَ: بتعليقه، والمعلَّقُ كالمُنَجَّز، ولو نَجَّزَ العتقَ: يثبتُ الملكُ سابقاً عليه، فكذا هذا.

قال: (ومَن قال: إن لم أَبِعْ هذا العبدَ، أو هذه الأمةَ فامرأتُه طالقٌ،

---

(١) أي الولد.

(٢) وفي نُسخ: فيُنزَّلُ.

(٣) أي فينزل الجزاء وهو الحرية في ملكه.

(٤) أي الصاحبين.

(٥) أي الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

فأعتقَ أو دبَّرَ: طَلُقَتِ امرأتُه.

وإذا قالتِ المرأةُ لزوجها: تزوَّجْتَ عليَّ؟ فقال: كلُّ امرأةٍ لي طالقٌ ثلاثاً: طَلُقَتْ هذه التي حلَّفَتْه في القضاء.

وإن نوىٰ غيرَها: يُصدَّقُ دِيانةً، لا قضاءً.

فأعتقَ أو دبَّرَ: طَلُقَتِ امرأتُه)؛ لأن الشرطَ قد تحقَّقَ، وهو عدمُ البيع؛ لفوات مَحَلِّيةِ البيع.

قال: (وإذا قالتِ المرأةُ لزوجها: تزوَّجْتَ عليَّ؟ فقال: كلُّ امرأةٍ لي طالقٌ ثلاثاً: طَلُقَتْ هذه التي حلَّفَتْه في القضاء).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنها لا تَطلُقُ؛ لأنه أخرجه جواباً، فينطبقُ عليه[١].

ولأن غَرَضَه إرضاؤها، وهو بطلاق غيرِها، فيتقيَّدُ به.

ووجهُ الظاهر: عمومُ الكلام، وقد زاد علىٰ حرف الجواب، فيُجعَل مبتدِئاً.

وقد[٢] يكون غَرَضُه إيحاشَها حين اعترضتْ عليه فيما أحَلَّه الشرعُ، ومع التردُّد: لا يصلُحُ مقيِّداً.

قال: (وإن نوىٰ غيرَها: يُصدَّقُ دِيانةً، لا قضاءً)؛ لأنه نوىٰ تخصيصَ العامِّ، والله تبارك وتعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي فينطبق الجواب علىٰ السؤال، فكأنه قال: كل امرأة لي غيرك تزوجتها طالقٌ ثلاثاً. البناية ٨/٢٨٨.

(٢) جوابٌ عن قول أبي يوسف رحمه الله.

باب

اليمين في الحجِّ، والصلاةِ، والصوم

ومَن قال وهو في الكعبة، أو في غيرها: عليَّ المَشْيُ إلىٰ بيتِ الله تعالىٰ، أو إلىٰ الكعبة: فعليه حَجَّةٌ أو عمرةٌ ماشياً، وإن شاء رَكِبَ وأَهْرَاق دماً.

باب

اليمين في الحجِّ، والصلاةِ، والصوم

قال: (ومَن قال وهو في الكعبة، أو في غيرها: عليَّ المَشْيُ إلىٰ بيتِ الله تعالىٰ، أو إلىٰ الكعبة: فعليه حَجَّةٌ أو عمرةٌ ماشياً، وإن شاء رَكِبَ وأَهْرَاق دماً).

وفي القياس: لا يلزمُه شيءٌ؛ لأنه التزم ما ليس بقُرْبةٍ واجبةٍ، ولا مقصودةٍ في الأصل.

ومذهبُنا مأثورٌ عن عليٍّ رضي الله عنه[1].

ولأن الناس تعارفوا إيجابَ الحجِّ والعمرةِ بهذا اللفظ، فصار كما إذا قال: عليَّ زيارةُ بيتِ الله ماشياً، فيلزمُه ماشياً.

وإن شاء ركِبَ، وأراقَ دماً، وقد ذكرناه في المناسك[2].

---

(١) سنن البيهقي (٢٠١٢٧)، وينظر الدراية ٢/٩٣.

(٢) في مسائل منثورة من كتاب الحج.

ولو قال : عليَّ الخروجُ، أو الذهابُ إلىٰ بيتِ الله تعالىٰ : فلا شيءَ عليه .

ولو قال : عليَّ المَشْيُ إلىٰ الحَرَمِ، أو إلىٰ الصفا والمروةِ : فلا شيءَ عليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا في قولِه : عليَّ المَشْيُ إلىٰ الحرم : تلزمُه حَجَّةٌ أو عمرةٌ .

ولو قال : إلىٰ المسجدِ الحرام .

ومَن قال : عبدي حُرٌّ إن لم أَحُجَّ العامَ، فقال : حَجَجْتُ، وشَهِدَ . . .

قال: (ولو قال: عليَّ الخروجُ، أو الذهابُ إلىٰ بيتِ الله تعالىٰ: فلا شيءَ عليه)؛ لأن التزامَ الحجِّ أو العمرةِ بهذا اللفظِ غيرُ متعارَفٍ.

قال: (ولو قال: عليَّ المَشْيُ إلىٰ الحَرَمِ، أو إلىٰ الصفا والمروةِ: فلا شيءَ عليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا في قولِه ـ أي القائل ـ: عليَّ المَشْيُ إلىٰ الحرم: تلزمُه حَجَّةٌ أو عمرةٌ، ولو قال: إلىٰ المسجدِ الحرام): فهو علىٰ هذا الاختلاف.

لهما: أن الحَرَمَ شامِلٌ علىٰ البيت، وكذا المسجدُ الحرامُ[1]، فصار ذِكْرُه: كذكرِه، بخلاف الصفا والمروة؛ لأنهما منفصلان عنه[2].

وله: أنَّ التزامَ الإحرامِ بهذه العبارةِ غيرُ متعارَفٍ، ولا يُمكنُ إيجابُه باعتبار حقيقةِ اللفظِ، فامتنع أصلاً.

قال: (ومَن قال: عبدي حُرٌّ إن لم أَحُجَّ العامَ، فقال: حَجَجْتُ، وشَهِدَ

---

(١) شاملٌ علىٰ البيت.

(٢) أي عن البيت، يعني أنهما ليسا بشاملين علىٰ البيت.

شاهدان أنه ضَحَّىٰ العامَ بالكوفة : لم يَعتِقْ عبدُه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ رحمه الله : يعتِقُ.

ومَن حلف لا يصومُ، فنَوَىٰ الصومَ، وصام ساعةً، ثم أفطر من يومه : حنث.

ولو حلف لا يصومُ يوماً، أو صوماً، فصام ساعةً، ثم أفطر : لا يحنث.

شاهدان أنه ضَحَّىٰ العامَ بالكوفة: لم يَعتِقْ عبدُه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمدٌ رحمه الله: يعتِقُ)؛ لأن هذه شهادةٌ قامت علىٰ أمرٍ معلومٍ، وهو التضحية، ومن ضرورتِه انتفاءُ الحجِّ، فيتحقَّقُ الشرطُ.

ولهما: أنها[١] قامت علىٰ النفي؛ لأنَّ المقصودَ منها نفيُ الحجِّ، لا إثباتُ التضحية؛ لأنه لا مطالِبَ لها، فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحجَّ العامَ.

غايةُ الأمرِ: أنَّ هذا النفيَ[٢] مما يُحيطُ عِلْمُ الشاهِدِ به، ولكنه لا يُميِّزُ بين نفيٍ ونفيٍ؛ تيسيراً[٣]، كما في الاستبراء والسفر[٤].

قال: (ومَن حلف لا يصومُ، فنَوَىٰ الصومَ، وصام ساعةً، ثم أفطر من يومه: حنث)؛ لوجود الشرط، إذِ الصومُ هو الإمساكُ عن المفطِّرات علىٰ قَصْدِ التقرُّب.

قال: (ولو حلف لا يصومُ يوماً، أو صوماً، فصام ساعةً، ثم أفطر[٥]: لا يحنث).

---

(١) أي هذه الشهادة.

(٢) أي قولهم: لم يحج العامَ.

(٣) أي علىٰ المفتي والمستفتي، دفعاً للحرج، وتيسيراً علىٰ الناس.

(٤) قوله: كما في الاستبراء والسفر: مثبتٌ في نسخة ٦٤٤هـ.

(٥) أي في يومه.

ولو حلف لا يصلي، فقام وقرأ وركَعَ: لم يحنث، وإن سَجَدَ مع ذلك، ثم قَطَعَ: حَنِثَ

ولو حلف لا يصلي صلاةً: لا يحنَثُ ما لم يَصِلِّ ركعتين.

لأنه يُرادُ به الصومُ التامُّ المعتبرُ شرعاً، وذلك بإنهائه إلىٰ آخِرِ اليوم، واليومُ: صريحٌ في تقديرِ المدة به.

قال: (ولو حلف لا يصلي، فقام وقرأ وركَعَ: لم يحنث، وإن سَجَدَ مع ذلك، ثم قَطَعَ: حَنِثَ).

والقياسُ: أن يحنثَ بالافتتاح؛ اعتباراً بالشروع في الصوم.

وجهُ الاستحسان: أن الصلاةَ عبارةٌ عن الأركان المختلفة، فما لم يأتِ بجميعها: لا تسمىٰ صلاةً.

بخلاف الصومِ؛ لأنه ركنٌ واحدٌ، وهو الإمساكُ، ويتكرَّرُ في الجزء الثاني[1].

قال: (ولو حلف لا يصلي صلاةً: لا يحنَثُ ما لم يَصِلِّ ركعتين)؛ لأنه يُرادُ به الصلاةُ المعتبرةُ شرعاً، وأقلُّها: ركعتان؛ للنهي عن البُتَيْراء[2]، والله تعالىٰ أعلم.

* * * * *

---

(١) أي من الصوم، فيتكرر من جنس ما مضىٰ.

(٢) أي أن يصلي ركعةً واحدة، وأما النهي عن صلاة البتيراء: فتقدم في سجود السهو، قال في الدراية ١/٢٠٨: رواه ابن عبد البر في التمهيد ١٣/٢٥٤، وفي سنده: عثمان بن محمد بن ربيعة: والغالب علىٰ حديثه الوهم، ونَقَلَ ابن حجر عن النووي أنه حديثٌ مرسَلٌ ضعيفٌ.

باب

اليمين في لُبْسِ الثيابِ، والحُلِيِّ، وغيرِ ذلك

ومَن قال لامرأته: إن لَبِسْتُ مِن غَزْلِكِ فهو هَدْيٌ، فاشترىٰ قُطناً، فغَزَلَتْه، ونَسَجَتْه، فلَبِسَه: فهو هَدْيٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: ليس عليه أن يُهدِيَ حتىٰ تَغزِلَه من قُطْنٍ مَلَكَه يومَ حَلَفَ.

باب

اليمين في لُبْسِ الثيابِ، والحُلِيِّ، وغيرِ ذلك

قال: (ومَن قال لامرأته: إن لَبِسْتُ مِن غَزْلِكِ فهو هَدْيٌ[1]، فاشترىٰ قُطناً، فغَزَلَتْه، ونَسَجَتْه[2]، فلَبِسَه: فهو هَدْيٌ عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: ليس عليه أن يُهدِيَ حتىٰ تَغزِلَه من قُطْنٍ مَلَكَه يومَ حَلَفَ).

ومعنىٰ الهَدْيِ: التصدُّقُ به بمكة؛ لأنه اسمٌ لما يُهدَىٰ إليها.

لهما: أن النَّذْرَ إنما يصحُّ في الملكِ، أو مضافاً إلىٰ سببِ الملك، ولم يوجد؛ لأن اللُّبْسَ وغَزْلَ المرأةِ ليسا من أسباب مِلْكِه.

وله: أن غَزْلَ المرأةِ عادةً يكونُ من قُطْنِ الزوج، والمعتادُ هو المرادُ، وذلك سببٌ لملكِه، ولهذا يحنَثُ إذا غَزَلَتْ من قُطْنٍ مملوكٍ له وقتَ النَّذْرِ؛ لأن القُطْنَ لم يَصِرْ مذكوراً.

---

(١) أي صدقةٌ أتصدَّق به علىٰ فقراء مكة، كما سيأتي في كلام المصنف رحمه الله.

(٢) وفي نُسخ: ونَسَجَه. بالتذكير.

ومَن حَلَفَ لا يَلبَسُ حَلْياً، فلَبِسَ خاتَمَ فضةٍ: لم يحنث.

وإن كان مِن ذَهَبٍ: حنَثَ.

ولو لَبِسَ عِقْدَ لؤلؤٍ غيرَ مُرَصَّعٍ: لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يحنث.

ومَن حَلَفَ لا ينامُ علىٰ فراشٍ، فنام عليه وفوقَه قِرَامٌ: حنث.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يَلبَسُ حَلْياً، فلَبِسَ خاتَمَ فضةٍ: لم يحنث)؛ لأنه ليس بحَلْيٍ عُرفاً ولا شرعاً، حتىٰ أُبيحَ استعمالُه للرجال، والتختُّمُ به لقصد الخَتْم.

(وإن كان مِن ذَهَبٍ: حنَثَ)؛ لأنه حَلْيٌ، ولهذا لا يَحِلُّ استعمالُه للرجال.

قال: (ولو لَبِسَ عِقْدَ لؤلؤٍ غيرَ مُرَصَّعٍ[1]: لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يحنث)؛ لأنه حَلْيٌ حقيقةً، حتىٰ سُمِّيَ به في القرآن[2].

وله: أنه لا يُتحلَّىٰ به عُرفاً إلا مُرَصَّعاً، ومبنىٰ الأيمانِ علىٰ العُرْف.

وقيل: هذا اختلافُ عصرٍ وزمانٍ، ويُفتىٰ بقولهما؛ لأنَّ التحلِّيَ به علىٰ الانفرادِ معتادٌ.

قال: (ومَن حَلَفَ لا ينامُ علىٰ فراشٍ، فنام عليه وفوقَه قِرَامٌ[3]: حنث)؛ لأنه تَبَعٌ للفراش، فيُعَدُّ نائماً عليه.

---

(١) أي بالذهب أو الفضة.

(٢) وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَتَسۡتَخۡرِجُونَ حِلۡيَةً تَلۡبَسُونَهَا﴾. فاطر/١٢، والمستخرج من الجوهر: اللؤلؤ غير مرصَّعٍ. البناية ٨/٣٠٠.

(٣) هو السِّتْر الرقيق الخفيف.

وإن جَعَلَ فوقَه فراشاً آخَرَ، فنام عليه : لم يحنث.

ولو حَلَفَ لا يجلسُ علىٰ الأرض، فجَلَسَ علىٰ بساطٍ أو حَصِيرٍ : لم يحنث.

وإن حلف لا يجلسُ علىٰ سريرٍ، فجلس علىٰ سريرٍ فوقَه بساطٌ، أو حصيرٌ : حنث، بخلاف ما إذا جَعَلَ فوقَه سريراً آخَرَ، فجلس عليه : لا يحنث.

قال: (وإن جَعَلَ فوقَه فراشاً آخَرَ، فنام عليه: لم يحنث)؛ لأنه مِثْلٌ، ومِثْلُ الشيءِ لا يكون تَبَعاً له، فقَطَعَ النسبةَ عن الأول.

قال: (ولو حَلَفَ لا يجلسُ علىٰ الأرض، فجَلَسَ علىٰ بساطٍ أو حَصِيرٍ: لم يحنث)؛ لأنه لا يُسمَّىٰ جالساً علىٰ الأرض.

بخلاف ما إذا حالَ بينَه وبين الأرض لباسُه؛ لأنه تَبَعٌ له، فلا يُعتبر حائلاً.

قال: (وإن حلف لا يجلسُ علىٰ سريرٍ، فجلس علىٰ سريرٍ فوقَه بساطٌ، أو حصيرٌ: حنث)؛ لأنه يُعَدُّ جالساً عليه، والجلوسُ علىٰ السرير في العادة: كذلك.

قال: (بخلاف ما إذا جَعَلَ فوقَه سريراً آخَرَ، فجلس عليه: لا يحنث)؛ لأنه مِثْلُ الأول، فقَطَعَ النسبةَ عنه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

باب

اليمين في الضرب، والقتل، وغيرِه

ومَن قال لآخَرَ: إن ضربتُكَ فعبدي حرٌّ، فمات، فضَرَبَه: فهو علىٰ الحياة: لم يحنث، وكذلك الكِسوة.

باب

اليمين في الضرب، والقتل، وغيرِه

قال: (ومَن قال لآخَرَ: إن ضربتُكَ فعبدي حرٌّ، فمات[١]، فضَرَبَه: فهو علىٰ الحياة: لم يحنث)؛ لأن الضربَ اسمٌ لفعلٍ مُؤْلِمٍ يتَّصِلُ بالبدن، والإيلامُ لا يتحقَّقُ في الميت.

ومَن يُعذَّبُ في القبر: توضَعُ فيه الحياةُ في قولِ العامة[٢].

(وكذلك الكِسوة[٣])؛ لأنه يُرادُ به التمليكُ عند الإطلاق، ومنه الكسوةُ في الكفارة، وهو من الميت لا يتحَقَّقُ إلا أن ينويَ به السَّتْرَ.

وقيل: بالفارسية[٤]: ينصرفُ إلىٰ اللُّبْس.

---

(١) أي المحلوف عليه، وهو المخاطَب، وهو الآخر.

(٢) هذا جوابٌ عن سؤال مقدَّرٍ، بأن يُقال: إن قولَكم: الإيلامُ لا يتحقق في الميت: يُشكِلُ بعذاب الميت في القبر، فأجاب بقوله: ومَن يُعذَّب...إلىٰ آخره.

(٣) يعني لم يحنث إن قال: إن كسوتُك فعبدي حرٌّ، فكساه بعد الموت: لا يحنث، أي يقع قوله علىٰ الحياة.

(٤) أي أن اليمين المذكورة إذا كانت باللغة الفارسية: تنصرف إلىٰ اللبس.

وكذا الكلامُ والدخولُ.

ولو قال: إن غَسَلْتُكَ فعبدي حُرٌّ، فغَسَلَه بعد ما مات: يحنثُ.

ومَن حلف لا يضربُ امرأتَه، فمَدَّ شعرَها، أو خَنَقَها، أو عضَّها: حنث.

ومَن قال: إن لم أقتُلْ فلاناً فامرأتُه طالقٌ، وفلانٌ ميتٌ، وهو عالِمٌ به: حنث.

(وكذا الكلامُ والدخولُ)؛ لأن المقصودَ من الكلام الإفهامُ، والموتُ ينافيه.

والمرادُ من الدخول عليه: زيارتُه، وبعدَ الموت: يُزارُ قبرُه، لا هو.

قال: (ولو قال: إن غَسَلْتُكَ[1] فعبدي حُرٌّ، فغَسَلَه بعد ما مات: يحنثُ)؛ لأن الغَسْلَ هو الإسالةُ، ومعناه: التطهيرُ، ويتحقَّقُ ذلك في الميت.

قال: (ومَن حلف لا يضربُ امرأتَه، فمَدَّ شعرَها، أو خَنَقَها، أو عضَّها: حنث)؛ لأنه اسمٌ لفعلٍ مؤلمٍ، وقد تحقَّقَ الإيلامُ.

وقيل: لا يحنثُ في حال المَلاعَبَة؛ لأنه يسمىٰ ممازَحَةً، لا ضرباً.

قال: (ومَن قال: إن لم أقتُلْ فلاناً فامرأتُه طالقٌ، وفلانٌ ميتٌ، وهو عالِمٌ به: حنث)؛ لأنه عَقَدَ يمينَه علىٰ حياةٍ يُحدِثُها اللهُ تعالىٰ فيه، وهو متصوَّرٌ، فينعقدُ، ثم يحنثُ؛ للعجز العاديِّ.

---

(١) وفي نُسخ: غسَّلتُك فعبدي حرٌّ، فغسَّله. بتشديد السين.

وإن لم يَعلَمْ به: لا يحنثُ.

قال: (وإن لم يَعلَمْ به: لا يحنثُ)؛ لأنه عَقَدَ يمينَه علىٰ حياةٍ كانت فيه، ولا تُتَصوَّرُ، فيصيرُ[١] قياسَ مسألةِ الكُوز علىٰ الاختلاف[٢]، وليس في تلك المسألة[٣] تفصيلُ العلم، هو الصحيحُ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

---

(١) أي يصير حكمُ هذه المسألة قياسَ مسألة الكوز، في باب اليمين في الأكل والشرب، وهي: إذا حلف إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليومَ فامرأتُه طالق.

(٢) وهو أنَّ عندهما: لا يحنث، وعند أبي يوسف رحمه الله: يحنث.

(٣) أي مسألة الكوز.

باب
اليمين في تقاضي الدراهم

ومَن حلف لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَه إلىٰ قريبٍ: فهو علىٰ ما دونَ الشهر، وإن قال: إلىٰ بعيدٍ، فهو أكثرُ من الشهر.

ومَن حلف ليقضِيَنَّ فلاناً دَيْنَه اليومَ، فقضاه، ثم وَجَدَ فلانٌ بعضَها زُيوفاً، أو نَبَهْرَجَةً، أو مُستَحَقَّةً: لم يحنثِ الحالفُ.

باب
اليمين في تقاضي الدراهم

قال: (ومَن حلف لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَه إلىٰ قريبٍ: فهو علىٰ ما دونَ الشهر، وإن قال: إلىٰ بعيدٍ، فهو أكثرُ من الشهر).

لأن ما دونَه يُعَدُّ قريباً، والشهرُ وما زاد عليه: يُعَدُّ بعيداً، ولهذا يُقالُ عند بُعدِ العَهْد: ما لَقِيتُكَ منذُ شهرٍ.

قال: (ومَن حلف ليقضِيَنَّ فلاناً دَيْنَه اليومَ، فقضاه، ثم وَجَدَ فلانٌ بعضَها زُيوفاً، أو نَبَهْرَجَةً، أو مُستَحَقَّةً: لم يحنثِ الحالفُ).

لأن الزَّيافةَ[1] عيبٌ، والعيبُ لا يُعْدِمُ الجنسَ، ولهذا لو تَجَوَّزَ به: صار مستوفِياً، فوُجدَ شَرْطُ البرِّ، وقَبْضُ المستَحَقَّةِ صحيحٌ، ولا يرتفعُ بردِّه[2] البرُّ المتحقِّقُ.

---

(١) وفي نُسخ: بكسر الزاي: الزِّيافة.

(٢) أي بردِّ ما قضىٰ من الزيوف والنبهرجة أو المستحقة.

وإن وَجَدَها رصاصاً، أو سَتُّوقَةً : حنث.

وإن باعه بها عبداً، وقَبَضَه : بَرَّ في يمينه، وإن وَهَبَها له : لم يَبَرَّ.

ومَن حَلَفَ لا يَقبِضُ دينَه درهماً دونَ درهمٍ، فقَبَضَ بعضَه : لم يحنث حتىٰ يقبِضَ جميعَه متفرِّقاً.

قال: (وإن وَجَدَها رصاصاً، أو سَتُّوقَةً[1]: حنث)؛ لأنهما ليسا من جنس الدراهم، حتىٰ لا يجوزُ التجوُّزُ بهما في الصرف والسَّلَم.

قال: (وإن باعه بها عبداً، وقَبَضَه: بَرَّ في يمينه)؛ لأن قضاءَ الدَّيْن طريقُه المُقَاصَّةُ، وقد تحققَّتْ بمجرَّد البيعِ، فكأنه[2] شَرَطَ القبضَ ليتقرَّر[3] به.

(وإن وَهَبَها له)؛ يعني الدَّيْنَ[4]: (لم يَبَرَّ)؛ لعدم المُقَاصَّةِ؛ لأن القضاءَ فِعْلُه، والهبةُ إسقاطٌ من صاحب الدين.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يَقبِضُ دينَه درهماً دونَ درهمٍ، فقَبَضَ بعضَه: لم يحنث حتىٰ يقبِضَ جميعَه متفرِّقاً).

لأن الشرطَ قَبْضُ الكلِّ لكنه بوَصْفِ التفرُّق، ألا يُرىٰ أنه أضاف القبضَ إلىٰ دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مضافٍ إليه، فينصرفُ إلىٰ كلِّه، فلا يحنثُ إلا به.

---

(١) وهي من النحاس.

(٢) أي كأنَّ محمداً رحمه الله شَرَطَ في الجامع الصغير القبضَ. البناية ٨/ ٣١١.

(٣) أي الأداء.

(٤) أي دراهمَ الدين.

فإن قَبَضَ دينَه في وَزْنَيْن، ولم يتشاغَلْ بينهما إلا بعملِ الوزن: لم يحنث، وليس ذلك بتفريقٍ.

ومَن قال: إن كان لي إلا مائةُ درهمٍ فامرأتُه طالقٌ، فلم يملِكْ إلا خمسين درهماً: لم يحنث.

وكذلك إن قال: غيرُ مائةٍ، أو سوىٰ مائة.

قال: (فإن قَبَضَ دينَه في وَزْنَيْن، ولم يتشاغَلْ بينهما إلا بعملِ الوزن: لم يحنث، وليس ذلك بتفريقٍ)؛ لأنه قد يَتعذَّرُ قَبْضُ الكلِّ دَفعةً واحدةً عادةً، فيصيرُ هذا القَدْرُ مستثنىً عنه[1].

قال: (ومَن قال: إن كان لي إلا مائةُ درهمٍ فامرأتُه طالقٌ، فلم يملِكْ إلا خمسين درهماً: لم يحنث)؛ لأنَّ المقصودَ منه عُرْفاً نفيُ ما زاد علىٰ المائة، ولأن استثناءَ المائة: استثناؤها بجميع أجزائها.

قال: (وكذلك إن قال: غيرُ مائةٍ، أو سوىٰ مائة)؛ لأن كلَّ ذلك أداةُ الاستثناء، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

(١) أي عن الحلف؛ بدلالة الحال. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

مسائلُ متفرِّقةٌ

وإذا حَلَفَ لا يفعلُ كذا: تَرَكَه أبداً.

وإن حَلَفَ ليفعَلَنَّ كذا، ففعله مرةً واحدةً: بَرَّ في يمينه.

وإذا استَحلف الوالي رَجُلاً ليُعْلِمَنَّه بكلِّ داعِرٍ دَخَلَ البلدَ: فهذا علىٰ حالِ ولايتِه خاصةً.

مسائلُ متفرِّقةٌ

قال: (وإذا حَلَفَ لا يفعلُ كذا: تَرَكَه أبداً)؛ لأنه نفىٰ الفعلَ مطلقاً، فعَمَّ الامتناعُ؛ ضرورةَ عمومِ النفي.

قال: (وإن حَلَفَ ليفعَلَنَّ كذا، ففعله مرةً واحدةً: بَرَّ في يمينه)؛ لأن الملتَزَمَ فعلٌ واحدٌ، غيرُ عَيْنٍ، إذِ المَقامُ مَقامُ الإثباتِ، فيَبَرُّ بأيِّ فعلٍ فَعَلَه.

وإنما يحنثُ بوقوع اليأسِ عنه، وذلك بموته، أو بفَواتِ محلِّ الفعل.

قال: (وإذا استَحلف الوالي رَجُلاً ليُعْلِمَنَّه بكلِّ داعِرٍ[1] دَخَلَ البلدَ: فهذا علىٰ حالِ ولايتِه خاصةً)؛ لأن المقصودَ منه دَفْعُ شرِّه، أو شرِّ غيرِه بزَجْره، فلا يفيدُ فائدتَه بعد زوالِ سَلْطنته، والزوالُ بالموت، وكذا بالعَزْل، في ظاهر الرواية.

---

(١) هو الخبيثُ المفسدُ من الناس. البناية ٨/٣١٤.

ومَن حَلَفَ أن يَهَبَ عبدَه لفلانٍ، فوَهَبَه له، ولم يَقبلْ: فقد بَرَّ في يمينه.

ومَن حَلَفَ لا يَشَمُّ رَيْحاناً، فشَمَّ وَرْداً أو ياسَمِيْناً: لا يحنثُ.

ومَن حَلَفَ لا يشتري بَنَفْسَجاً، ولا نيةَ له: فهو علىٰ دُهْنه.

قال: (ومَن حَلَفَ أن يَهَبَ عبدَه لفلانٍ[1]، فوَهَبَه له، ولم يَقبلْ: فقد بَرَّ في يمينه).

خلافاً لزفر رحمه الله، فإنه يَعتبرُه بالبيع؛ لأنه تمليكٌ مثلُه.

ولنا: أنه عَقْدُ تَبَرُّعٍ، فيَتِمُّ بالمتبرِّع[2].

ولهذا يُقال: وَهَبَ له، ولم يقبل.

ولأن المقصودَ إظهارُ السماحة، وذلك يَتِمُّ به.

أما البيعُ: فمعاوضةٌ، فاقتضىٰ الفعلَ من الجانبين.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يَشَمُّ رَيْحاناً، فشَمَّ وَرْداً أو ياسَمِيْناً: لا يحنثُ)؛ لأنه اسمٌ لما لا ساقَ له، ولهما ساقٌ.

قال: (ومَن حَلَفَ لا يشتري بَنَفْسَجاً، ولا نيةَ له: فهو علىٰ دُهْنه)؛ اعتباراً للعُرف، ولهذا يُسمىٰ بائعُه: بائعَ البَنَفْسَج، والشراءُ يُبتَنىٰ عليه[3].

---

(١) وفي نُسخ: من فلان.

(٢) أي الواهِب.

(٣) أي علىٰ البيع.

وإن حَلَفَ علىٰ الوَرْد : فاليمينُ علىٰ الوَرَق .

وقيل: في عُرْفنا يقعُ علىٰ الورَق[1].

قال: (وإن حَلَفَ علىٰ الوَرْد: فاليمينُ علىٰ الوَرَق)؛ لأنه حقيقةٌ فيه، والعُرفُ مقرِّرٌ له، وفي البَنَفْسَجِ قاضٍ عليه[2]، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * * * *

* تمَّ الجزء الثالث، ويليه الجزء الرابع، ويبدأ بكتاب الحدود.

---

(١) إلا أن ينوي. حاشية سعدي علىٰ الهداية.

(٢) أي غالبٌ عليه علىٰ وقوع الحقيقة، فلا يقع علىٰ ورقه. البناية ٣١٧/٨.

فهرس موضوعات الجزء الثالث

* * * * *

فهرس مجمل لكتاب الهداية كاملاً

فهرس الجزء الأول

فهرس الجزء الثاني

فهرس الجزء الثالث

فهرس الجزء الرابع

فهرس الجزء الخامس

فهرس الجزء السادس

فهرس الجزء السابع

* * * * *